

第一章 緒論

第一節 研究的動機與目的

民國 88 年 01 月 25 日地方制度法在各界引領企盼之下，終於經立法院通過總統公布施行，迄今為止已逾 19 年，在地方制度法的規範之下各級地方政府行政行為有一定規範。而地方自治是國家中央實行統治權的方式之一亦是人民行使權利的重要制度，對於國家及人民之影響皆至為重要。

台灣地區地方自治制度濫觴始於民國 39 年臺灣省政府頒布「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」開始，是臺灣地區施行地方自治所頒布的行政命令。在此期間實施的是縣（市）及鄉（鎮、市）的自治，嗣後另有「直轄市自治實施的方自治綱要」。此為直轄市實施自治之依據。民國 81 年第二屆國民大會第一次臨時會議決通過《中華民國憲法增修條文》增訂第 11 條至第 18 條條文，是為第二次憲法增修條文，在憲法增修條文中規定省及縣的自治應以法律定之，這才有民國 83 年 7 月的省縣自治法及直轄市自治法產生。伴隨著省縣自治法及直轄市自治法的公布與施行，省長、省議員、直轄市長、直轄市議員、縣（市）長、縣（市）議員、鄉（鎮、市）長及鄉（鎮、市）民代表等地方層級的選舉亦如火如荼的展開。在省縣自治法及直轄市自治法規範下，地方政府三層級制已然成形。

然 86 年 7 月 21 日公布之憲法增修條文再度將省這個地方政府層級虛級化。並停止舉辦省長及省議員選舉，在當時的政壇無異投下一顆震撼彈。接著民國 88 年 1 月 25 日地方制度法公布施行，其中第二條「...本法用詞之定義如下：一、地方自治團體：指依本法實施地方自治，具公法人地位之團體。省政府為行政院派出機關，省為非地方自治團體...」。第 8 條「省政府受行政院指揮監督，辦理下列事項：一、監督縣（市）自治

事項。二、執行省政府行政事務。三、其他法令授權或行政院交辦事項。」，第 9 條「省政府置委員九人，組成省政府委員會議，行使職權，其中一人為主席，由其他特任人員兼任，綜理省政業務，其餘委員為無給職，均由行政院院長提請總統任命之。」第 11 條「省諮議會置諮議員，任期三年，為無給職，其人數由行政院參酌轄區幅員大小、人口多寡及省政業務需要定之，至少五人，至多二十九人，並指定其中一人為諮議長，綜理會務，均由行政院院長提請總統任命之。」自此我國原本三級制的地方政府再度轉變成二級地方政府制。

在地方制度法的規範之下地方自治團體得就其自治事項訂定地方自治條例規範自治區域內之人民，雖然現行的地方制度是二級制地方政府法規比三級制地方政府單純，且台灣地區幅員尚稱不上遼闊，但在法律授權之下各級地方政府仍有可能對相同事件訂出不一致的地方法規、規章或規約。

以 105 年 6 月 24 日司法院釋字 738 號解釋為例，解釋爭點為各地方之電子遊戲場業申請核發營業許可時，各電子遊戲場業者提出營業許可之登記皆被地方政府依電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點否准，其理由為違反地方自治條例，惟各地方自治團體依其地方自治法規或規章否准其申請；雖然申請的結果都為否准，但各地方自治團體對於電子遊戲場業者所訂立之規範之標準卻不盡相同，且地方政府所訂之規範與國家中央所訂之規範亦難謂一致，地方政府所定之規範顯較中央政府之規範更為嚴格。

就憲法上之規範而言，我國是屬單一國而非「聯邦國」，國家中央擁有一切決策權力；地方自治團體僅是國家中央行使統治權時之代行者，其權力來源乃屬國家中央為行使統治權所授與，並且在經過法定程序後即可變更其授權內容及範圍更甚而收回其授權。同時，地方自治團體並非如同國家中央般為高權主體，故不擁有原始的立法權，地方自治團體只有在國家以憲法或法律直接或間接賦予其立法權時始能行使其立法權。在此原則下地方自治團體所制定之法規是否為合宜的，與憲法上或其他公法上之權力或理論是否相扞格，似有討論空間。

第二節 研究範圍與方法

本論文係以地方自治團體為主體探討自治事項之立法權，就其立法權之範圍及限制，地方自治法規與中央法規之關係，兩者間規定不相同時之處置，並以司法院釋字第 738 號解釋為主軸，評析電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業許可，各電子遊戲場業者對其所在之地方自治團體提出營業許可之登記之背景，地方自治團體否准電子遊戲場業者之申請案之理由，遭否准電子遊戲場業者之救濟，在窮其救濟途徑後申請釋憲並對釋字第 738 號之爭點，並以此個案以地方自治團體立法權的法律性質為出發點，就理論與實務上對於爭點探討憲法基本權與法律規範範圍，地方自治團體與中央對於法規規範關係。

本文資料蒐集以國內學界學者及實務界實務工作者之著作、論文、期刊、行政法院判決及相關判例見解、司法院解釋文等相關資料。資料分析以文獻研究法為主，由地方自治團體之本質開始討論，探討地方自治團體的內涵、憲法上權限劃分，並討論自治事項、地方立法權，繼而中央與地方法規關係，繼而討論地方立法權應否限制、釋字第 738 號對於憲法上其他基本權有無影響，釋字第 738 號解釋後之相關影響及有無其他解決途徑等。

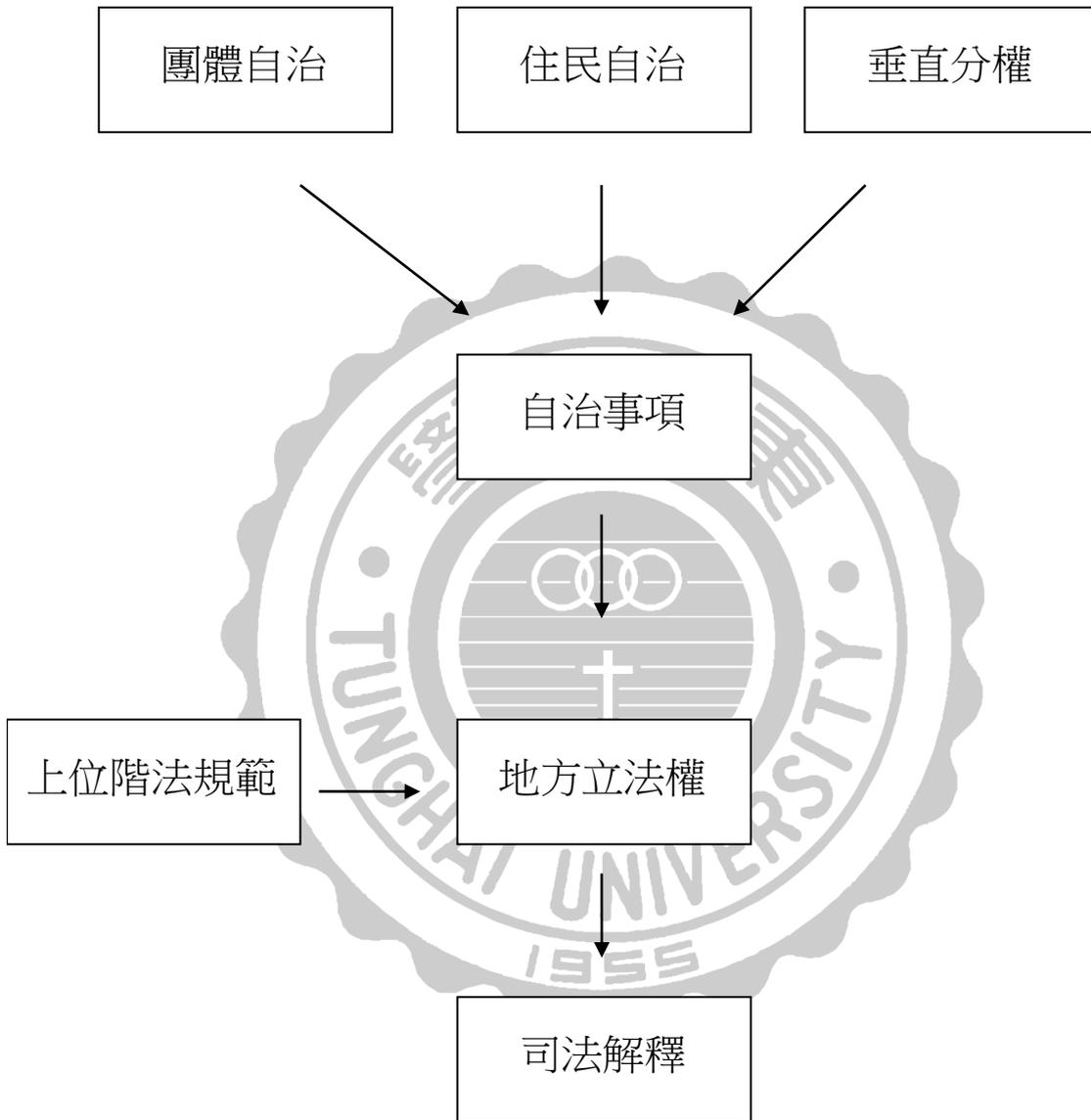


圖 1-1 地方立法權研究架構圖

資料來源：研究者繪製

第三節 研究限制

地方自治制度為憲法保障之制度，地方自治團體得就其自治事項制定相關法規範，依地方制度法第 18 條之規定直轄市之自治事項所列舉者即有 13 大項大項目內有小項目，各項林林總總共計數十項，各事項間性質各異且影響仍非一致；縣（市）及鄉（鎮、市）就自治事項之規定亦復如是。本文所欲探討的問題係地方立法權，惟因自治事項繁多本文中僅對於司法院釋字 738 號中電子遊戲場業者申請許可為例，無法就所有自治事項詳加討論，以此探討所得結論有可能偏隘，是所遺憾。而本文所探討文獻及見解多以本國學者見解為主。





第二章 憲法上關於地方立法權限之分配

實施地方自治的首要之務即是將中央與地方之權限與以劃分，依據事務之性質劃分為中央專屬之事項、中央之事項或中央委託地方辦理之事項、地方事項。事項之歸屬即是辦理之權責，擁有權限事項即是各項政務辦理責任之歸屬，關係著組織、人事、經費等，易言之權限事項越多則表示責任亦相形重大。

而以我國而言關於權限之劃分主要見諸於憲法第 10 章中央與地方之權限及地方制度法第 3 章第 2 節自治事項中，雖然在憲法及地方制度法中對於權限之劃分已有規範，但法規仍有重疊與未盡之處留待討論。

第一節 地方自治基本概念

地方自治之定義

根據學者羅志淵的研究，中國在清朝光緒年間曾參考當時日本法制，制定「城鄉地方自治章程」，由此可知地方自治一詞極可能因襲於外國。

地方自治一詞係由地方與自治兩者組合而成，地方相對於國家中央，自治則相對於統治，其所表現意涵即與國家同為行政主體的行政區域，因歷史、文化、種族傳統之根源或國家法律之賦與，由地方自由、自主並由地方自行辦理公眾事務的一種政治制度。其所謂公共事務主要包含有行政、立法、組織、人事及財政等領域。要知國家與地方同為公法人同為行政主體，兩者皆有統治與管理的權責，皆有為管領區域內居民謀福利並辦理各項公共事務的權能，但兩者辦理的公共事務並不盡相同，也因此公共事務因其本身特質而有不同領域之劃分。而各國地方辦理各種公共事務之淵源或因不成文的歷史傳統，或為該國法律依據，亦或者是國家中央以行政命令訂之。

地方在辦理公共事務時是自由的，此意味著地方辦理公共事務舉辦與否由地方自行決定；自主的表示地方辦理公共事務時得排除國家中央的干涉；自行負責乃指地方自治

事務由地方自治團體自行訂定法律規章、自行設置組織、自行甄補人員、自行籌措費用...等。

地方自治是一種政治制度須受公法法規規範，其統治主體或稱行政主體所指即是具有公法上統治權能，得分擔國家整體統治功能，具有行政法律關係地位之主體之對象，行政主體需有行政法上權利能力，得獨立行使權利並負擔義務，因此行政主體常需以機關表現。地方自治團體之機關即是為履行其統治職能之「地方政府」。地方自治團體因具權利能力，是以地方自治團體即公法人。

如大法官第 467 號解釋理由書：「中央與地方權限劃分係基於憲法或憲法特別授權之法律加以規範，凡憲法上之各級地域團體符合下列條件者：一、享有就自治事項制定規章並執行之權限，二、具有自主組織權，方得為地方自治團體性質之公法人。...同條第三項規定：「台灣省議會議員及台灣省省長之選舉停止辦理後，台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定。」依上開規定，省為地方制度層級之地位仍未喪失，惟台灣省自 87 年 12 月 21 日起既不再有憲法規定之自治事項，亦不具備自主組織權，自非地方自治團體性質之公法人。查因憲法規定分享國家統治權行使，並符合前述條件而具有公法人地位之地方自治團體外，其他依公法設立之團體，其構成員資格之取得具有強制性，而有行使公權力之權能，且得為權利義務主體者，亦有公法人之地位。...」由上可知地方自治團體需先有自治事項才得成立組織並制定規章後得以執行，如若一地域團體無自治事項便不應有「自主組織權」、「地方規章制定權」、「執行權」。而「自主組織權」、「地方規章制定權」、「執行權」為辦理地方自治之必要工具，但對於權限之賦與國家中央仍需恪遵一定之限制。

地方自治之本質

我國憲法於第 107 條至第 110 條中，將「均權理論」具體實踐，有關均權制度憲法條文規定原則如下：（一）憲法第 107 條第 1 項，規定中央立法並執行之事項；（二）憲法第 108 條，規定中央立法並執行，或交由省縣執行之事項；（三）憲法第 110 條第 1 項

第 1 款至第 11 款之事項，規定由省立法並執行之或縣立法並執行之事項。並將此均權制度劃分之標準明定於第 111 條中。

儘管我國憲法已有相當條文規定權限劃分，即地方政府民選、組織、立法、財政及其他主要權力，但理念上，何以國家必須要推動與保障地方自治制度，地方自治制度其受保障之程度究竟是為何，是否在不同時空背景、不同的政治條件、不同的經濟發展都要保障地方自治仍有其討論空間（黃錦堂，2011：24-25）。

一、固有權說

「固有權說」之意在於部落、社群、州或邦之成立先於國家，認為國家係由地方區域組成。「固有權說」源於中古世紀之北歐大陸，該地區係經由發展而成立以城市為主之自治，這主要係由兩項因素所促成：一是基於宗教與部落種族之共同的連結而產生的聯繫力或拘束力，並因此產生對於共同居住於同一地方期以該地方共同生活之管理為目的的自治。二是這些部落處於遊牧民族階段，未存有組織文化較高層之行政體系。這類治理係以自我治理為目的，就規範之制定、政策之擬具及執行甚或司法裁決均皆有之；因無上級政府，自治體的自我責任範圍係包括共同生活的所有行為（黃錦堂，2011：31-32）。此類型之地方之組成較國家先存在，因之組成國家中央後，原先之地方單位及成為國家中央之下級，因此地方單位先於國家中央而存在，是以原有之自治權即成為「固有」，地方單位元辦理之事項即為「固有」；甚可以推論地方單位之組織亦為「固有」...，更無待國家法律之賦與及承認（李惠宗，2001：607-608）。固有權說認為地方自治團體雖存在於國家中央之下，亦為構成國家的部分要素，但其原享有之自治權乃是地方固有之權利，而非國家中央所授予，符合地域共同生活群體先於國家中央而存在之史實，因其主張地方具有不可剝奪之自治權，因此對地方自治的保障最為優越。

二、承認說

「承認說」認為，地方單位或地方自治團體存在於國家中央之下，或在其內部，故地方自治團體的一切權利是基於國家法律所授予並承認。本說之地方自治係發生於

已建立國家中央體制之國家，例如英國。此說認為基於主權國家之理論，一改固有權說之理論，在未得國家中央承認或授與之前，地方自治團體是無權能得處理地方自治事務，且國家中央得撤回其對地方自治團體對於自治事項的授與或承認。此說認為地方自治必已國家存在為前題，在主權不可分之情形下，地方自治團體需服從國家中央之領導或監督，依據國家法令取得法定泉源及地位，若在國家中承認與國家中央同質性的統治權能，無異危害國家主權之存在基礎。

三、制度保障說

「制度保障說」之性質不同於「固有權說」、「承認說」，就歷史角度觀之，制度保障說之理論由德國威瑪憲法時代被提出，由施密特(Carl Schmitt)所提倡並因此而發展，他強調「制度的保障」應與「基本權」有所區別但也有類似之處，基本權係不待國家的賦予即存在的一種權利，而「制度的保障」係國家以憲法特別保障的一種權力，甚至可委由立法者以法律加以形成並予以保護。一般學者以為，德國各邦以下的地方自治制度，即受各邦憲法的特別規定而受到更高程度的保護，從而「邦」非經依循「特別立法程序」即不得予以廢止或任意侵害地方自治團體的「核心領域」¹。在威瑪憲法時代，德國的憲法學說普遍認為基本權利的規定只是一種條款，而立法者得透過立法程序限制人民的基本權利。為了保障人民的基本權，施密特(Carl Schmitt)提出了「制度性保障理論」，主張「制度」和「基本權利」兩者二分，認為「某些既存或為憲法所肯認的制度須受憲法直接保護，立法者不得以法律任意變更其核心價值內涵」，此即制度保障的原意。在「制度保障說」的立論基礎之下，憲法中對於某些基本權利的保障，僅能限制行政權與司法權，若立法權以未違反憲法之立法程序做成對人民基本權之限制時，則其與憲法基本權之保障尚無違犯；為免某些由憲法創設之制度被劃於基本權之中，並因此造成制度被立法權限制之結果在此情形下某些與基本權不同之「制度」需與基本權分而視之。依施密特(Carl

¹<http://mypaper.pchome.com.tw/macotochen/post/1236359962>，陳誠專業法政教學網，造訪日期 2017 年 3 月 2 日。

Schmitt)的見解「制度」性保障之範圍，有永業文官²、法官獨立³、婚姻⁴、大學自治⁵及地方自治⁶等。

「制度保障說」之精義，一言以蔽之，地方自治團體享有「制度性保障」的地位。此非等同於基本權，地方自治團體非自然人，但這實質上近乎於基本權，國家中央之干預需有正當之事由，需有法律為之依據並合乎比例原則。易言之，人民係基本權利之主體，享有基本權保障，地方自治制度固與自然人不同，而非為基本權之主體，但國家權力機關行使職權對基本權所構成之憲法價值體系仍需予以尊重。地方自治制度為人民基本權落實所依賴之制度，為憲法基本人權所形成之客觀價值秩序之一部，各權力機關應加以尊重與落實（黃錦堂，2011：33）。

第二節 地方自治的內涵

團體自治

所謂「團體自治」，係指在國家中央管領範圍內，依地域範圍或傳統做成行政區劃，以某一特定地區為區域的地方團體，具有獨立的法人格獨立於國家中央之外，並具有處理自己事務之權能，在處理自己的事務實能以自己的機關為名義並負擔其責任。

團體自治起源於自由主義並強調地方與國家中央間的垂直分權關係，也因此須另行成立具有獨立於國家中央主體之外的法人格，在此地方區域團體內其所代表之法人得依法行使權利、負擔義務，並得由本身之代表機關自行處理屬於自身之事務。此一性質之自治著重於地方自治之外在法律形式，在此一意義之下的地方自治重點在於強調地方之法律人格，地方需具有獨立法律人格，其自治始能獲得保障，否則僅係一國中的地方單位或分支而已。團體自治承認在國家之內仍有獨立於國家意思之外的地域團體，並在法

²司法院釋字第 605 號參照。

³司法院釋字第 396、498、527、550 號參照。

⁴司法院釋字第 554 號參照。

⁵司法院釋字第 380、563 號參照。

⁶司法院釋字第 498 號參照。

規授予之下該地域團體對外有自主性，國家中央或其他權力均不得任意加以干預及侵害。團體自治屬於地方自治之形式條件，其目的在於追求免於國家中央干涉地方事務的自由，進而形成垂直的權力分立以制衡國家權力。例如：健保費負擔等爭議，臺北市可依法提起行政爭訟或司法解釋以救濟⁷。團體自治因其含有不受外部權加侵害、干涉的自由權意涵，在性質上亦可稱為「法律意義的自治」即地方自治團體可以主張就其行政、立法、組織、人事、財政等事項享有自主決定權，雖然仍須上級政府之自治監督，但仍保有其自主性，而非中央下令地方執行的執行機關。團體自治乃是自治權的最基本要素，少了團體自治，便無得稱地方自治。

住民自治

所謂「住民自治」，係指由地域團體之居民，因居民在日本語中稱為住民是以稱為住民自治。依居民之意思自主處理該地方行政事務之義，意謂著區域內的居民得自由的決定區域內的大小事，於此一內涵中居民得遵循民主程序進行地方事務之決定並執行、行政組織的建立、官員之遴選、財政的籌措及對於公眾事務的監督等，都應由地區居民共同參與規劃與執行。在此地方自治所要表達的意涵為「人民之參與」，屬於地方自治之實質意義內涵。

在一定區域內的地方公眾事務，其決定與執行應以當地居民之意見為主，地方區域內居民人數眾多，公共事務的樣態及數量亦難能由居民人人參與，因此在決定與執行公共事務極可能由居民選出的代表代表居民意志，以決定地方公眾事務的規劃與執行，故住民自治強調民主主義的原理，強調由地區人民自決與自我實現。例如：臺中市市民可依法選出臺中市市長及臺中市市議員，此意謂自治團體之構成員為臺中市的全體居民，居民選出臺中市市長並依法規組成市政團體做為地方公眾事務的規劃者與執行者。臺中市市長規劃及執行臺中市公眾事務時必須確定該事務為多數市民所需要，以使地方居民之權益得以周全。因此在性質上，地方事由地方人管、地方事由地方決定乃不外是地方參政權

⁷司法院釋字第 553 號參照。

的表現，故而屬於「政治意義的自治」。

雖然地方自治團體之居民以民主的方式組成地方組織，其組織之組成依循一定之法令規定，公眾事務之規劃與執行意取決於多數人之意志以做成決定，但地方區域團體仍為國家中一特定區域，且對於國家中央及上級地方區域團體之監督仍難以迴避，但對於地方事務仍保有其自主性，而無須事事秉持中央政府之意旨辦理。住民自治乃是地方人民自主權力的展現，少了此一要素，地方自治將失其存在之意義，因此具有自治之實質意涵。

垂直分權

「垂直分權」係「分權」之概念而來，所謂「分權」指國家統治權經法規制度設計使之分屬不同政府組織掌握的一種形態，一般以「三權分立」即行政、立法、司法分權為原則（在我國採用的是行政、立法、司法、監察及考試五權分立），三權分立係屬「水平分權」或稱為「橫向分權」，通常指國家之某一層級而言。

權力分立制度成為民主國家憲法不可或缺的要素，是憲法基本原則之一（林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，2003：105）。學者湯德宗認為分權有水平與垂直兩面向，將國家權力立分屬地方與中央，再將分屬於中央與地方之權力，分配給各部門，以免專權，危害人民自由（湯德宗，1998：134）。分權之目的在於使國家統治權不集中於一權，藉以避免集權而造成壓迫人民的現象，更甚而避免個人獨裁的情況產生。在權力分立的基礎下，各個權力居於對等地位，不偏於單一權力，各個權力相互制衡。

至於「垂直分權」則為中央與地方因不同之性質而有辦理不同事務之需要的分權，其目的亦在於避免國家權力集中於中央，導致地方弱勢的反民主現象。在「垂直分權」的原則下，國家中央與地方自治團體各有其權限得處理自身的公共事務，為何者屬各自應處理事務其來源或因憲法之授予，或因法律之規範，且因事務性質之不同而做不同之界定。憲法或法律上認為應由中央應辦理者該事務權限及劃歸中央辦理，而事務性質應劃歸地方辦理者則劃歸地方辦理。一但事務劃歸地方辦理而地方亦無應辦未辦之情況，

國家中央則無權要求再行辦理。又完全實施地方自治之地方，其地方行政機關與國家中央行政機關之間並無隸屬關係，兩者間僅有監督關係，國家對地方機關處理自治事項的監督亦以合法之監督為原則，而不及於作業監督（吳庚，1993：197）。

在論及垂直分權可參照司法院司法院釋字 498 號理由書：「地方自治為憲法所保障之制度，憲法於第十章詳列中央與地方之權限，除已列舉事項外，憲法第 111 條明定如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有一縣性質者則屬於縣，旨在使地方自治團體對於自治區域內之事務，具有得依其意思及責任實施自治之權。地方自治團體在特定事務之執行上，即可與中央分權，並與中央在一定事務之執行上成為相互合作之實體。從而，地方自治團體為與中央政府共享權力行使之主體，於中央與地方共同協力關係下，垂直分權，以收因地制宜之效。憲法繼於第十一章第二節設「縣」地方制度之專節規定，分別於憲法第 118 條、第 121 條、第 128 條規定直轄市、縣與市實行自治，以實現住民自治之理念，使地方人民對於地方事務及公共政策有直接參與或形成之權。憲法增修條文第 9 條亦係本諸上述意旨而設，地方制度法並據此而制定公布。

基於住民自治之理念以及中央與地方垂直分權之功能，地方自治團體有行政與立法機關之自治組織設置，其首長與民意代表均由自治區域內之人民依法選舉、罷免之，此分別有憲法第 123 條、第 124 條、第 126 條，地方制度法第 33 條、第 55 條，公職人員選舉罷免法第 1 條、第 1 條、第 69 條等規定可據。地方自治團體不僅依法辦理自治事項，並執行上級政府委辦事項。地方自治區域內之人民對於地方自治事項，有依法行使創制、複決之權（憲法第 123 條、地方制度法第 14 條、第 16 條第 2 款、第 3 章第 2 節參照）。地方立法機關行使其立法機關之職權，地方行政機關應將總預算案提請其立法機關審議。地方立法機關開會時，其行政機關首長應提出施政報告，民意代表並有向該機關首長或單位主管行使質詢之權；就特定事項有明瞭必要時，則得邀請其首長或單位主管列席說明（地方制度法第 35 條至第 37 條、第 40 條、第 41 條、第 48 條、第 49 條參照）。此乃基於民意政治及責任政治之原則，地方行政與地方立法機關並有權責制衡之關係。中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得

按事項之性質，為適法、適當與否或其他一定之監督（同法第四章參照）。是地方自治團體在憲法及法律保障範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予尊重。...地方自治既受我國憲法制度性之保障，有一定之自主權限，為與中央政府共享國家權力行使，並共同協力之主體，且中央與地方各設有立法機關，建立層級體制。...」

第三節 憲法與行政法上一般原則

依法行政原則

又稱為「行政合法化」原則，係指行政機關之行政行為須有法律之依據，依法行政又可分為消極依法行政與積極依法行政；消極依法行政即法律優位原則，而積極依法行政即法律保留原則。

法律優位原則係指行政機關之行政行為不得牴觸法律，在我國法源依據可分憲法、法律及命令三種法源，而此三種法源有適用之位階區分，即憲法之效力位階高於法律，法律之效力位階高於命令。憲法上關於法律優位原則具體內容主見於憲法第 171 條第 1 項：「法律與憲法牴觸者無效。」，第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」，憲法第 125「縣單行規章，與國家法律或省法規牴觸者無效。」，中央法規標準法第 11 條：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令」。

法律保留原則係指行政機關之行政行為須有法律依據，而其在憲法具體條文，主見於第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」是以，必須要有法律上的依據方得限制人民的自由權利。且限制人民的自由權利其要件須滿足防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者等四項前提。

在論及適用法律保留之範圍時時常見有三種理論：

一、全面保留說

此說認為所有之行政行為皆須有法律依據方得為之，未有法律依據之行政行為即不得為之。前述之行政行為包含干涉行政及給付行政。

二、一部保留說

一部保留又稱「干預保留」，此說認為只有在干涉行政才有法律保留原則之適用，而在給付行政這個範圍內只要不違反法律優位原則下，則行政機關毋須法律依據。

三、重要性理論

傳統對於法律保留適用之範圍以干涉行政或給付行政區分，而重要性理論捨卻此一畫分方式，改以「重要性」區分法律保留之適用範圍，依司法院司法院釋字第 443 號解釋之見解以法律保留之規範密度，並依其規範事項之性質是否重要區分 4 種層級：第一層級憲法保留，某些規範事項之性質由憲法規定或限制，例如國體或政體之決定、憲法第 8 條所規範事項。第二層級絕對法律保留，例如剝奪人民生命或限制人民身體自由者。第三層級為相對法律保留，此即涉及人民其他自由權利之限制者須由法律規定。第四層級為非法律保留事項，屬執法之細節性、技術性次要事項則不屬法律保留範圍之適用。

明確性原則

明確性原則是指行政行為其內容應明確，行政程序法第 5 條規定：「行政行為之內容應明確。」，探討明確性原則應從法治國家的理念出發，明確性原則之直接目的，在使人民對自己行為之所調適，且間接的防止國家公權力的濫用。而所謂行政行為之內容應明確不限於行政行為，更重要者在法律保留原則支配下，法律及法規命令之規定，內容必須明確，其涉及人民權利義務事項時，始有清楚之界限與範圍，對於何者為法律所許可，何者屬於禁止，亦可事先預見及考量（吳庚，2003：68）。申言之，國家執行各種公權力時人民之權利常造成干涉與限制，而公權力行使所依據之法規內容須具體明確，以使所規範之人民清楚明瞭法規之範圍與界限，並藉此預見及判斷對其行為何者是法規所允許的，何者是法規所不許的。

平等原則

平等原則為現代法治國憲法上之重要原則，我國憲法第 7 條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」。是以平等原則指國家公權力行為對於相同事項為相同之處理，不同之事項為不同之處理，如非有相當理由則不得為差別待遇。且平等原則不僅止於拘束行政機關，立法機關亦有其適用餘地。而平等原則非指於事項上絕對、形式的平等，而須依其事項之本質加以判別，而相同事項應依事實狀況之差異而做不同之規範，如事項之本質不同做出不同之待遇方符平等原則。

比例原則

比例原則又稱為禁止過當原則，比例原則表現於憲法中條文為第 23 條，西諺有云：「不以大砲打小鳥」，而我國亦有俗諺：「殺雞焉用牛刀」此為比例原則之意義。本項原則源自德國行政法院之警察事件中，亦被視為是法治國中憲法位階之法律原則。比例原則主要係指國家之公權力行為之目的與手段間之均衡，不得為達目的而不擇手段。比例原則又可區分為適當性、必要性及衡量性三項子原則。其中衡量性原則又可稱為狹義比例原則。適當性係指行為應適合目的之達成；必要性係指行為不得超過實現目的所需之必要程度，簡言之在有其他行為可得選擇之下所被採取的行為必須是對人民影響最輕微的；而衡量性乃指國家行使公權力所得之利益，於該行為對人民所造成之損害兩者間不得顯失均衡，亦即人民所受之損害應小於該行為所得之利益。而在行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」此即為比例原則之具體展現。

信賴保護原則

信賴保護原則最先適用於授益性質之行政處分，其涵意為人民因信賴國家機關之行為，並依其對於國家行為之信任，對其法秩序安定及可得預見之期待，並據以規劃其各

種權利，國家機關不得因為後續行為之變更或限制使人民權利受有損害而言。信賴保護原則亦屬於憲法層級位階之法律原則。在論及信賴保護原則時須具備信賴基礎、信賴表現及信賴值得保護三個要件；信賴基礎乃指有足以讓人民產生信賴法律狀態或事實；信賴表現所指得是人民因信賴此法律狀態或事實而規劃其各種的權利，且人民對於法律狀態或事實之信賴係出於善意的⁸。而信賴保護原則對於法規之變更或廢止亦有其適用。

第四節 憲法與地方之權限

權力的劃分

有關權力的劃分在聯邦國體制與單一國體制之間有著不同劃分原則及權限。在聯邦制的國家中各州（或為邦、省因各國之規定而不同）各自擁有其權力，這些權力有著類國家主權相近之性質，各州有其州憲法，各州政府依據州憲法行使其絕對之權力；但各州政府對於國防、外交及終局司法權等局部之權力則交由聯邦政府行使；並藉由此放棄局部州主權而形成一新聯邦國家。聯邦國中各州的地位與國家其實並無多大差別，各州得參與聯邦之立法事項，在聯邦憲法規範之下，各州組成聯邦最高立法機關，各州與聯邦之權力皆在聯邦限法中規範。以美國為例，參議院的組成和權力依據美國憲法第 1 條第 3 款。美國每一州於聯邦參議院中均有兩位議員作為代表，參議員之人數與各州人口數量多寡無關，美國有 50 州所以全院員額為 100 名議員。參議員任期為六年，參議員所代表的是各州在於聯邦中利益及權力。

在聯邦制國家中，聯邦政府與其各州政府間對於權力劃分則必須完整且全面的，而聯邦憲法對於各州及聯邦之立法權，需有完整詳盡之規範。聯邦與各州間有著相互平衡且互不干涉的權力。因為聯邦及各州的權利與責任都於憲法中規範，致使聯邦與各州的權力關係是不易變動的。

以美國為例，聯邦政府權力來源有著契約理論及國家理論兩種；契約理論為各州是

⁸行政程序法第 119 條參照。

單獨且獨立的，各州代表以新憲法結合成一個對外之新國家，聯邦憲法是各州代表所簽訂的契約，透過契約即新憲法的規範使各州間的承諾得以踐行，而各州亦透過此一契約交出部分權力，使聯邦政府得擁有對外的權力。而國家理論係指憲法是國民的最高法律，憲法上的權力是人民所授予而非各州政府，聯邦政府或各州政府之權力係由人民透過憲法、法律所授予。

而各聯邦國家中關於聯邦與各州權力係由聯邦憲法劃分其分配模式有三種模式：第一種為美國制，美國憲法係單獨列舉聯邦政府的事權，而以未列舉的剩餘是權歸於各邦（也稱中央事權列舉，地方事權概括）。第二種為加拿大制，加拿大憲法係將聯邦事權與各省事權雙方列舉，如有未列舉事權發生時，其性質屬全國者歸聯邦，關於一省之性質者，歸之於省。第三種為昔之南非聯邦制，昔南非聯邦實施聯邦制度時係列舉各邦事權，而以未列舉之事權推定屬於中央，至於州以下地方政府之權利得由州議會經過立法程序授與之（薄慶玖，2002：23-24）。

最單純的單一國制是迪倫法則(Dillon's rules)所描述，地方政府是中央政府造物，地方政府是由中央政府所組建，並從中央政府取得權力。地方政府權力既來自中央授與，因此，採單一制國家的憲法一般都不涉及中央與地方權限的劃分，如法國第五共和國憲法第 11 章(地域團體，(Colléctivité territoriale)、日本憲法第 8 章與大韓民國憲法第 8 章地方自治（劉文仕，2016：26）。

在單一國體制之下，並無與中央相對稱之權力制度設計，且地方政府之權力亦係由中央所授與，易言之，地方政府之權力來源或是事權之多寡或大小亦由中央決定；若從法國中央與地方制度為例，法國是單一國制的權力分配關係，全國事權集中於國家中央，全國僅有一部憲法，適用相同法律體系，它的公民只有一個國籍。單一國地方政府之權力係經由國家中央依據法律程序所授與，其權力之來源係源於中央政府且非由憲法所保障，在此情形下地方政府之權力亦可能隨著法律的修定而有著權力的擴大及權力的縮小；地方政府的權力可隨著中央政府單方面決定而有著不同權力內容與範圍。

按照地方政府職權的大小，單一制國家又可區分為地方分權型單一制國家和中央集

權型單一制國家。在中央集權型單一制國家，地方政權在中央政權的嚴格控制下行使職權，由中央政府依法規派任官員或由地方依選舉制度選出代表人管理地方事務，地方居民沒有自治權。且中央政府決定事權的分配與否及若分配事權之的型式與樣態，地方政府的事權分配及其權力來源，由中央政府所賦予它，且在接授權力的同時並接受中央政府控制、監督及考核。

而要判別一個國家究竟聯邦國或單一國法規上既無明確規範且亦無公式可供計算，各個學者間所主張亦有不同，國內學者薩孟武認為，地方團體只要具備下列兩個要件，就可界定聯邦國：1.有自主組織權，可以制定根本組織法；2.有參政權，尤其選任代表，組織一個議院來參加中央政府行使立法權（薩孟武，1986：507）。

Heywood 則歸納出聯邦制最常見的制度特徵，認為應有四個判準：

- 1.自主性相當高的兩層級政府：中央政府與地方政府各自擁有互不侵犯的廣泛權力。形成中央與地方的二元政府，擁有二元的行政、立法與司法部門。這些權力包括了立法與行政權威、徵稅的能力以及因而享有某種程度的財政獨立性等。
- 2.成文憲法：每個層級政府的職責與權力的定義，都被詳載於單一或成文憲法（**written constitution**）條文中，而無任何層級政府可以片面地修改憲法。
- 3.憲法的裁決者：聯邦制度存在國中之國，或各成員國各自分立的憲法，但對於中央與地方糾紛仍須要一獨立的司法機關，透過解釋憲法，據以仲裁。
- 4.連鎖性的制度：如採兩院制，賦予地方政府在中央決策過程中的發言權，以促進中央與地方政府的合作與瞭解。

在聯邦制國家中央與地方的權力包括了立法、行政、課稅能力以及因而享有某種程度的財政獨立性等。中央政府與地方政府之間互動關係，就是在此一正式的法律架構下運作。每個層級政府的自主性，通常受到憲法與事實的保障；中央與地方糾紛時，權力的交錯或爭議則須透過憲法解釋來完成；憲法條文乃由最高法院來解釋，它負有仲裁聯邦與州層級政府糾紛的責任。且為達成聯邦與州層級政府的合作與瞭解，聯邦國中有代表州利益的議會，各州在聯邦中擁有發言權，如美國參議院即是用來代表州的利益。

憲法對於權限劃分之規範

憲法本文

中華民國憲法是我國的根本大法，其位階高於其他法律。透過憲法的角度，地方自治的制度係透過地方自治團體使得國家中央的權力垂直的分配予地方，此即為「垂直分權」。析言之，地方自治制度是地方上人民自行管理地方上之事，並藉此實施民主政治、提升行政效能、適切滿足人民需求。

就我國憲法規定觀之，我國非屬聯邦國，應屬單一國，但依憲法第十章之規定我國之地方分權制度卻有聯邦國地方分權之刻痕，因而在憲法的規範下我國地方自治制度的本質究竟為何實有其討論空間。我國憲法第十章中央與地方之權限，融合單一國及聯邦國之地方自治規定，此係參考加拿大憲法之規定，並以均權主義予以調和(張正修, 2000 : 28)。

憲法於民國 35 年 12 月 25 日由制憲國民大會於南京議決通過，民國 36 年 1 月 1 日由國民政府公布、同年 12 月 25 日行憲。中華民國憲法本文除前言外共分為 14 章、條文總計 175 條，憲法本文的主要特色為揭櫫主權在民的理念，明定人民自由權利的保障，規定五權分立的中央政府體制及地方自治制度，明示中央與地方權限劃分採取均權制度，並明列基本國策等⁹。

所謂的均權理論是以孫中山學說為依據，在我國憲法第 111 條就能表現出我國關於中央與地方權限劃分的特色¹⁰。認為權限劃分應以事務的性質為準，將具有全國一致性質之事務劃分為中央權限，而有因地制宜必要者，則歸於地方權限。我國憲法本文關於中央與地方權限係規定於第 10、11 章，第 10 章所規定的是中央與地方之權限，第 11 章規定的是地方制度。各該條款之內容如下：

第 107 條左列事項，由中央立法並執行之：一、外交。二、國防與國防軍事。三、

⁹<https://www.president.gov.tw/Page/93> 總統府網站，造訪日期 2018 年 3 月 28 日。

¹⁰中華民國憲法第 111 條除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。

國籍法及刑事、民事、商事之法律。四、司法制度。五、航空、國道、國有鐵路、航政、郵政及電政。六、中央財政與國稅。七、國稅與省稅、縣稅之劃分。八、國營經濟事業。九、幣制及國家銀行。十、度量衡。十一、國際貿易政策。十二、涉外之財政經濟事項。十三、其他依本憲法所定關於中央之事項。本條所列舉的係屬於中央專屬事項，由中央立法並由中央執行。此乃國家完全事項而非屬地方自治事項。省及縣自不得立法以為管轄。

第 108 條左列事項，由中央立法並執行，或交由省縣執行之：一、省縣自治通則。二、行政區劃。三、森林、工礦及商業。四、教育制度。五、銀行及交易所制度。六、航業及海洋漁業。七、公用事業。八、合作事業。九、二省以上之水陸交通運輸。十、二省以上之水利、河道及農牧事業。十一、中央及地方官吏之銓敘、任用、糾察及保障。十二、土地法。十三、勞動法及其他社會立法。十四、公用徵收。十五、全國戶口調查及統計。十六、移民及墾殖。十七、警察制度。十八、公共衛生。十九、振濟、撫卹及失業救濟。二十、有關文化之古籍、古物及古蹟之保存。前項各款，省於不抵觸國家法律內，得制定單行法規。本條列舉屬於中央立法事項且所列事項亦屬於中央之權限。惟與第 107 條不同點在於 108 條所列舉之事項除由中央立法外，其執行權限亦得交由省或縣執行之。

第 109 條左列事項，由省立法並執行之，或交由縣執行之：一、省教育、衛生、實業及交通。二、省財產之經營及處分。三、省市政。四、省公營事業。五、省合作事業。六、省農林、水利、漁牧及工程。七、省財政及省稅。八、省債。九、省銀行。十、省警政之實施。十一、省慈善及公益事項。十二、其他依國家法律賦予之事項。前項各款，有涉及二省以上者，除法律別有規定外，得由有關各省共同辦理。各省辦理第一項各款事務，其經費不足時，經立法院議決，由國庫補助之。

本條列舉屬於省立法及專有之事項。惟與第 108 條不同點在於，109 條所列舉之事項除由省立法外，其執行權限亦得交由由縣執行之，且於各項事項前皆冠有「省」字。

另於一項第十二款中保留有其他依國家法律賦予之事項之彈性空間。

第 110 條左列事項，由縣立法並執行之：一、縣教育、衛生、實業及交通。二、縣財產之經營及處分。三、縣公營事業。四、縣合作事業。五、縣農林、水利、漁牧及工程。六、縣財政及縣稅。七、縣債。八、縣銀行。九、縣警衛之實施。十、縣慈善及公益事項。十一、其他依國家法律及省自治法賦予之事項。前項各款，有涉及二縣以上者，除法律別有規定外，得由有關各縣共同辦理。

本條所列事項為縣之權限事項，除省對該省所轄市有監督權外其內容概與 109 條相去不遠。

而直轄市之規定見於第 118 條：「直轄市之自治，以法律定之。」是以本條為直轄市自治之依據。

綜合上述各條所定權限事項，由中央立法並執行之事項較為明確由中央立法並執行、省、縣不得立法及執行；而自 108 條以下有中央之權限事項且由中央立法交由省、縣執行，若以制度角度分析中央交由省、縣執行之事項應屬委辦事項，但由中央交由省、縣之事項亦有為自治事項，而憲法上權限畫分採均權主義，對於此類重疊性事項將具有全國一致性質之事務劃分為中央權限，而有因地制宜必要者，則歸於地方權限。是故 108 條二項明定省之單行法規不得牴觸國家法律。如再以第 108、109、110 條文內容加以對照，在 1.教育制度 2.衛生制度 3.銀行制度 4.合作事業 5.公營事業 6.警察制度 7.農林漁牧 8.水陸交通 9.工礦商航業 10.公益事業...等相關事項在中央與省、縣之事項其權限有許多是重疊的，即同一事項在中央可立法執行、中央立法交省、縣執行、省立法並執行或省立法交由縣執行。而未重疊部分僅餘地方之公債、財政、工程及財產處分。

申言之，省及縣之權限事項明定於憲法中，但 108 條所列舉之事項亦包含省及縣之事項，且中央得立法執行或交由省縣執行，而憲法中對於權限重疊部分亦未對其明定權限之分配程度；此制度設計之下，中央即得輕易透過立法程序將地方之權限予以剝奪，或經由立法程序將地方之自主權予以限縮，準此，地方之自治事項則可能僅存無幾。再者，108 條至 110 條各項所列舉之權限以事項之性質作為劃分之依據並不甚明顯，能

由條文中明白判斷的權限者似為各層級之地方；同一相近性質事項歸由不同層級政府管轄爭功諉過之情形亦屢見不鮮。

又者，第 109 條 1 項 12 款對於未盡之事項明訂「其他依國家法律賦予之事項」立法者原意可能保留一定彈性並因應未來環境之變化，但對於此一條款極可能因為法律之頻繁變動而造成地方政府自治權遭架空而使自治制度名存實亡。

復次而言，同一性質相近之事項各層級政府皆有立法或執行權限造成各級政府制定疊床架屋的法規以作為依據，不僅浪費行政資源更造成人民遵循適用法規上的困擾。況且依據 111 條條文所示，關於權限之爭議由立法院解決之，關於爭議事項層級不區分省縣或中央與省或中央與省縣之爭議概由立法院解決，爭議之解決有可能曠日廢時，更難了解地方需求並收因地制宜之效。

憲法增修條文

在經歷了四十餘年的行憲後，憲法未有任何的修正，終於民國 80 年開始至 93 年止開啟了 7 次的修憲工程。但對於中央與地方之關係有影響者僅於民國 81 年第二次修憲、民國 86 年第四次修憲、民國 88 年第五次修憲。相關條文下：

憲法增修條文 81 年修正時有關中央與地方權限之關係明定於第 17 條其修訂內容如下：

第 17 條 省、縣地方制度，應包含左列各款，以法律定之，不受憲法第 108 條第 1 項第 1 款、第 112 條至第 115 條及第 122 條之限制：

- 一、省設省議會，縣設縣議會，省議會議員、縣議會議員分別由省民、縣民選舉之。
- 二、屬於省、縣之立法權，由省議會、縣議會分別行之。
- 三、省設省政府，置省長一人，縣設縣政府，置縣長一人，省長、縣長分別由省民、縣民選舉之。
- 四、省與縣之關係。
- 五、省自治之監督機關為行政院，縣自治之監督機關為省政府。

憲法增修條文之內容對於憲法本文中省縣自治通則之權限予以凍結，對於省民代表大會之組織與權限、省自治法與立法權、省自治法之司法審查、自治法施行中爭議之解決議重新規定。但對於中央法規與省法規之牴觸時解釋權仍歸由司法院解釋之。在依據憲法增修條文的規定下，臺灣省舉辦了唯一的一次省長選舉。

民國 86 年 7 月第三屆國民大會第二次會議將第三次憲法增修條文重新調整，修正精簡為第一條至第十一條，並於 7 月 18 日議決通過，同年 7 月 21 日由總統公布，是為第四次憲法增修條文，其中對於中央與地方之關係定於第 9 條其內容如下：

第 9 條

省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第 108 條第 1 項第 1 款、第 109 條、第 112 條至第 115 條及第 122 條之限制：

- 一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。
- 二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。
- 三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。
- 四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。
- 五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。
- 六、中央與省、縣之關係。
- 七、省承行政院之命，監督縣自治事項。

第十屆台灣省議會議員及第一屆台灣省省長之任期至中華民國 87 年 12 月 20 日止，台灣省議會議員及台灣省省長之選舉自第十屆台灣省議會議員及第一屆台灣省省長任期之屆滿日起停止辦理。

台灣省議會議員及台灣省省長之選舉停止辦理後，台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定。

第四次修憲除依據第二次修憲架構外，省這個層級權限全數遭到剝奪。更停止辦理臺灣省長及省議員選舉，雖然仍有省政府這個組織，但其法人地位已喪失，省政府委員、省

主席及省諮議會議員的產生由行政院院長提請總統任命之。簡言之，省因不具備團體自治、住民自治及垂直分權等地方自治之意涵，已無地方自治之功能。憲法增修條文下省之功能僅為承行政院之命，監督縣自治事項，此即為精省條款；另對直轄市及縣仍維持地方自治之地方政府層級，各項權限均得以維持。

在第四次修憲翻新地方制度規定後，民國 88 年依據憲法第 118 條及增修條文第 9 條之規定制定地方制度法並公布施行¹¹。

表 2-1 憲法及增修條文上之權限劃分

憲法 條文	權限	事項	與其他層級權 限重疊情形	憲法增修條 文凍結與否
第 107 條	中央 立法 並執 行之 事項	1 外交。 2 國防與國防軍事。 3 國籍法及刑事、民事、商事之法 律。 4 司法制度。 5 航空、國道、國有鐵路、航政、 郵政及電政。 6 中央財政與國稅。 7 國稅與省稅、縣稅之劃分。 8 國營經濟事業。 9 幣制及國家銀行。 10 度量衡。 11 國際貿易政策。 12 涉外之財政經濟事項。 13 其他依本憲法所定關於中央 之 事項。	未與其他層級 權限重疊	

¹¹地方制度法第 1 條 1 項：「本法依中華民國憲法第一百十八條及中華民國憲法增修條文第九條第一項制定之。」

表 2-1 (續)

<p>第 108 條</p>	<p>由中央 立法並 執行 之，或 交由省 縣執行 之事項</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1 省縣自治通則。 2 行政區劃。 3 森林、工礦及商業。 4 教育制度。 5 銀行及交易所制度。 6 航業及海洋漁業。 7 公用事業。 8 合作事業。 9 二省以上之水陸交通運輸。 10 二省以上之水利、河道及農牧事業。 11 中央及地方官吏之銓敘、任用、糾察及保障。 12 土地法。 13 勞動法及其他社會立法。 14 公用徵收。 15 全國戶口調查及統計。 16 移民及墾殖。 17 警察制度。 18 公共衛生。 19 振濟、撫卹及失業救濟。 20 有關文化之古籍、古物及古蹟之保存。 <p>前項各款，省於不抵觸國家法律內，得制定單行法規。</p>	<p>與省、縣權限 重疊事項：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.教育制度 2.衛生制度 3.銀行制度 4.合作事業 5.公營事業 6.警察制度 7.農林漁牧 8.水陸交通 9.工礦商航業 10.公益事業 	<p>凍結第一款；對於憲法本文中省縣自治通則之權限予以凍結</p>
------------------------	---	--	--	-----------------------------------

表 2-1 (續)

<p>第 109 條</p>	<p>由省立法並執行之，或交由縣執行之事項</p>	<p>1 省教育、衛生、實業及交通。 2 省財產之經營及處分。 3 省市政。 4 省公營事業。 5 省合作事業。 6 省農林、水利、漁牧及工程。 7 省財政及省稅。 8 省債。 9 省銀行。 10 省警政之實施。 11 省慈善及公益事項。 12 其他依國家法律賦予之事項。</p>	<p>與縣權限重疊事項： 1.教育制度、衛生、實業及交通 2. 公營事業 3. 合作事業 4. 農林、水利、漁牧及工程 5. 銀行制度 6.警察制度 7.農林漁牧 8.慈善及公益</p>	<p>本條依據憲法增修條文第 9 條 1 項之規定省之自治權限喪失。</p>
<p>第 110 條</p>	<p>由縣立法並執行之事項</p>	<p>1 縣教育、衛生、實業及交通。 2 縣財產之經營及處分。 3 縣公營事業。 4 縣合作事業。 5 縣農林、水利、漁牧及工程。 6 縣財政及縣稅。 7 縣債。 8 縣銀行。 9 縣警衛之實施。 10 縣慈善及公益事業。 11 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。</p>		
<p>第 111 條</p>	<p>剩餘權歸屬</p>	<p>除第 107 條、第 108 條、第 109 及第 110 條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。</p>		

資料來源：研究者整理

第五節 司法院解釋對於地方權限具體化之探討

大法官「釋憲制度」意指，在行憲之後依據憲法相關之規定，由司法院設置「大法官」，掌理本憲法第 78 條所規定解釋憲法之制度¹²。再依憲法之規定我國司法院大法官共 15 人，其中 1 人為司法院院長，1 人為司法院副院長，產生方式為由總統提名並經由立法院同意每屆大法官任期為 8 年¹³。

在制憲之初，大法官釋憲制度的輪廓並不清楚，憲法本文只有極為簡略的規定，因此無論是權限的具體內容，還是其組織與程序，都有賴自己訂立的或由立法院通過的法規來形塑，甚至必須經由大法官的憲法解釋來創造與補充（廖福特，2014：119）。

司法院解釋文對於地方權限之探討主見於釋字第 467、498、527、550、553、738 號等解釋文。其主要意旨分述如下：

一、 釋字第 467 號

本號解釋旨對於省是否具備公法人資格所做解釋，在解釋文中明示在 86 年 7 月 21 日第 4 次修憲後依據憲法增修條文第 9 條規定並施行後省這個層級因不再有憲法上所規定之自治事項，亦不再具備自主組織權，而依據憲法增修條文之規定省的權限已然喪失，在無自治權限亦無自治事項及自主組織權之下自非地方自治團體性質之公法人。且並於本號解釋文理由書中指出，中央與地方權限劃分係基於憲法或憲法特別授權之法律加以規範，要成為地方自治團體性質之公法人須構成員資格之取得具有強制性，而有行使公權力之權能，且得為權利義務主體者外，更須具有享有就自治事項制定規章並執行之權限及具有自主組織權，方得為地方自治團體性質之公法人。

二、 釋字第 498 號

¹²憲法第 78 條之規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」

¹³依據憲法第 79 條第 2 項之規定：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」再依憲法增修條文第 5 條 1 項前段之規定：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，自中華民國九十二年實施，不適用憲法第七十九條之規定……」。

本號解釋對於地方自治意涵作出更明確之說明，並闡釋地方自治為憲法所保障之制度。基於住民自治之理念與垂直分權之功能，地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關應予以尊重。憲法於第 10 章中詳列中央與地方權限，並於第 111 條中對於剩餘權之歸屬做出分配之原則。其目的在於使地方自治團體對於自治區域內之事務，具有得自行、自由、自主的實施自治之權。地方自治團體在特定事務之執行上，即可與中央分權。從而，地方自治團體為與中央政府共享權力行使之主體，於中央與地方共同協力關係下，並藉垂直分權制度之設計以收因地制宜之效。使住民自治之理念得以實施，使地方人民對於地方事務及公共政策有直接參與或形成之權。中央政府或其他上級政府對地方自治團體辦理自治事項、委辦事項，依法僅得按事項之性質，為適法或適當與否之監督。是地方自治團體在憲法及法律保障範圍內，享有自主與獨立之地位，國家機關自應予尊重。

三、 釋字第 527 號

本號解釋強化地方自治意涵，並指出在憲法及法律規範下，地方自治團體享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。各級地方立法機關議決之自治事項、自治法規與上位階法範抵觸時爭議，就相關業務有監督自治團體權限之各級主管機關對決議事項或自治法規是否抵觸上位階法規尚有疑義，而未依各該條第四項逕予函告無效，向本院大法官聲請解釋而言。有監督地方自治團體權限之各級主管機關，對地方自治團體行政機關認有違背憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，未依各該項規定予以撤銷、變更、廢止或停止其執行者聲請司法院解釋；地方自治團體之行政機關對主管機關所為處分行為，認為已涉及辦理自治事項所依據之自治法規因違反上位規範而生之效力問題，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，無從依同法第三十條第五項聲請解釋，自治團體之行政機關亦得依同法第七十五條第八項逕向本院聲請解釋。

四、 釋字第 550 號

地方自治團體受憲法制度保障，其施政所需之經費負擔乃涉及財政自主權之事項，固有法律保留原則之適用，於不侵害其自主權核心領域之限度內，基於國家整體施政需要，中央依據法律使地方分擔權限重疊之經費，非法所不許。前述所謂核心領域之侵害，指不得侵害地方自治團體自主權之本質內容，致地方自治團體之制度保障虛有化，諸如中央代替地方編製預算或將與地方政府職掌全然無關之外交、國防等事務之經費支出，規定由地方負擔等情形而言。法律之實施須由地方負擔經費者，於制定過程中應予地方政府充分之參與，俾利維繫地方自治團體自我負責之機制。

五、 釋字第 553 號

地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參照訴願法第 79 條第 3 項）；後者除適法性之外，亦得就行政作業之合目的性等實施全面監督。憲法設立釋憲制度之本旨，係授予釋憲機關從事規範審查，尚不及於具體處分行為違憲或違法之審理。涉及中央法規適用在地方自治事項時具體個案之事實認定、法律解釋，屬於有法效性之意思表示，係行政處分，地方自治團體對於中央或上級自治團體之行政處分不服乃屬與中央監督機關間公法上之爭議，惟既屬行政處分是否違法之審理問題，為確保地方自治團體之自治功能，該爭議之解決，自應循行政爭訟程序處理。

六、 釋字第 738 號

地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得抵觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。憲法於第十章詳列中央與地方之權限，藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍

得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨。而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項，以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

第六節 地方自治團體與自治事項

地方自治團體

地方自治團體係以團體自治並以地域團體組成公法人，自行處理地方上之公共事務，另一方面地方自治團體係依住民自己意思處理地方行政事務。地方自治團體可依自己責任擁有一定權能，藉以推行地方本身的公共事務。且具有不受國家侵害之各種高權（林文清，2004：4）。

在國家統治的領土疆域之上，會因不同的因素劃分成許多大小不一的行政區域，因國家領土疆域的差異，小國者行政區域劃分單純可能僅有少數區域之劃分便得統治管領；而在幅員廣闊之國家，行政區劃複雜大行政區內有中行政區，中行政區內有小行政區，行政區之間因大小的不同劃分為多個層級。居住於小行政區內的人民其不僅為這一國家的國民更是這些不同層級行政區域內的住民。

在法學概念上，生活在國家領土疆域內的全體人民視為一「公共團體」，國民間會因共同生活產生的公共事務，國家中央為統治管領及保護其統治區域內人民便須採行許多行政行為，並因在行政行為作用之下而產生法律效果，也因此「國」亦屬行政主體。

因此，在地方區域中屬該區域居民之公共事務，在自主、自由、自行負責的自治精神下同樣將發生公共事務自治關係。其行政行為之作成即應以「地方政府」為法律之行為，因該行為係屬地方自行辦理屬於地方自己之事務，是以該行為得免除國家中央之干涉。

而地方團體是否為自治團體應以該團體有無自治事項且得否自主辦理為前題，地方

自治團體須辦理自治事項更須負擔義務並行使權利，故地方自治團體須有「行政權」、「立法權」、「組織權」、「人事權」及「財政權」。

自治事項

劃分原則

依一般政治學者的說法，主權為國家的構成要素之一，主權的特徵是對外具有獨立性，對內具有最高性。所謂對內具有最高性，即國家內的人民、土地、以及一切團體組織，皆在主權涵蓋範圍之內。地方政府是一個具有地域性的政治組織機體，所以地方政府亦應在主權之下而為國家統治。因此就理論上言，一國之內的任何公共事務，應屬國家之事務，而無所謂地方事務。不過，國家統治組織，既容許地方政府這類統治組織同時存在，並且授與一定事務使之掌管，因而便有國家事務相對稱的地方事物存在了（薄慶玖，2002：98）。

民主憲政的基礎在於地方自治，有健全的地方行政運作才能建立穩定強固的民主政治，而民眾的權益才能獲得有效的保障與提昇；按歐美日等先進國家的民主政治實應歸之地方自治的成功，因為地方自治能因地制宜、均衡發展、培養住民參與政事的興趣與政治水平、充實住民生活內涵與品質、強化住民對國家與鄉梓的向心力等功能與價值，所以落實地方自治才是建立一個真正現代化國家的不二努力指標（黃炎東，2000：18）。

依德國法權限劃分指不同統治團體之間的權限劃分，(Verbandskompetenz；Verteilung der Verbandskompetenz)，從而與統治團體取得集權限後之如何劃分於代表統治團體行使意思表示之機關間，有所不同，後者稱為「機關之權限」(Organkompetenz)。在地方制度法上，這意味著，地方自治團體係依法律而取得有關的業務權責，然後劃分於依其組織自治條例所設之機關（黃錦堂，2011：184-185）。

憲法關於中央與地方權限之劃分，採納了國父均權制度的主張，同時在地方制度方面，也以國父省、縣時實施地方自治的遺教為根據，規定省、縣得召開省縣民大會，依

據省縣自治通則，制訂省、縣自治法，以實施省縣自治。省、縣設省、縣政府，置省、縣長一人，由省、縣民選舉之。且於第 127 條明訂：「縣長辦理縣自治，並執行中央及省委辦事項。」使均權制度的地方自治有了憲法依據（薄慶玖，2002：105）。

在國家統治範圍內，國家中央得依法行使其統治權，對於國家之內的公共事務訂立相關法規範憑以管理國民。對國家內公共事務繁多，且在幅員廣大人口眾多之國家，各地區內民情各異，為遂行統治權能及顧及地區居民需求依事務性質賦予地方自治團體權限藉以強化對國家向心力。就我國而言關於權限劃分所採用的即是均權制。

就我國中央與地方關於權限劃分之原則採用了均權制，權限之分配不以中央或地方為對象，而係以權之性質為分配依據，有全國一致者劃歸國家中央之權限，而有因地制宜者則劃歸地方政府。且所謂均權非止權力平均分配，而是指按事務之性質劃歸實際合理並可執行及規範。我國均權制的實施除了是國家中央與地方政府間權限劃分外，在各級地方政府間亦復如是。

地方自治團體為地方之所須辦理地方自治事項時得全權自主的處理該地方之公眾事務。如若基於國家中央機關或上級政府機關地位辦理公眾事務時，則必須接受國家中央或上級政府之指揮。權限之劃分不僅單以事務性質做為劃分權限之標準，更有以事務性質做為權限劃分之依據。

憲法的保障

中央政府所制定而一般適用的法律，如係以國會制定者，其名稱為法律，而行政機關依法律而委任而制定者，稱為行政命令。同樣的，地方政府亦有制訂一般適用之法規權限，這種權限，在自治理論中，被稱為自治立法權或自主立法權。我國憲法在第 109 條中規定了省立法，並執行或交由縣執行之事項，已承認其對該條所規定是項享有自治立法權。...108 條二項亦規定省在不牴觸國家法律範圍內得就該條一項所列舉應由中央立法並執行或交由省縣執行之事項制訂單行法規（鄭崑山，1998：20）。

憲法對中央政府與地方政府功能劃分在本文第 107 條有詳細規定。約言之，其係採

三分法，而將地方上發生的事項區分為三種：

表 2-2 中央與地方之業務劃分

業務事項	I	中央立法並執行事項： 憲法本文從第 107 條到 108 條前段；中央立法並自為執行，從而中央必須在地方設置行政機關；地方得有力法與行政程序之參與權。
	II	中央立法而委託地方執行之事項： 憲法第 108 條所列事項由中央立法院決定劃歸地方者；地方有補充立法權（委辦規則）與個案執行權；上級監督機關較高強度之監督權，一般而言包括合法性與合目的性之監督，而且得為事前、事中、事後之監督。
	III	地方自治事項： 縣法第 109 條有關省之自治事項，第 110 條有關縣之自治事項；地方享有自行立法權與執行權，上級監督機關享有較弱之監督權，亦即只為合法行政之監督而且一般係為事後監督。

資料來源：（黃錦堂，2011：85）

憲法第 111 規定遇有未列舉事項以「均權原則」為依歸（黃錦堂，2011：127-128）。

第七節 小結

憲法為國家根本大法，雖然憲法對於權限之歸屬已作成初步劃分，地方制度法亦規定各級地方自治團體的自治事項，惟事務性質隨環境及時代的改變也一直不斷的產生變

化，在時空背景的變異之下，政府機關在人民心中亦須扮演不同的角色，公共行政事務的多元，資源的不足分配致使得權限地明確劃分更趨於困難。法律若未能與時俱進權限爭議勢必層出不窮。



第三章 地方制度法上關於地方立法之規範

地方自治團體立於自治法人之地位有立法權，得依據其自治事項制定相對應之法規，就我國法制制度及地方立法制度其位階及適用之順序始終存在著模糊，迭有爭議，地方自治法規為地方自治團體行使自治權辦理自治事項之法規依據，而地方自治團體有規章制定並執行之權，在此一理論基礎下地方自治團體自得本於其自治事項制定相關法規憑以辦理自治事項。

第一節 概說

地方自治團體如欲行使其自治權能，擬訂行政事務，任用地方人事，決定其行政機關及立法機關之組織結構，甚而對其自治區域內之事務加以規制，均須透過「法規制定權」(Rechtsetzungshoheit)，亦即地方自治法規之一般性、抽象性規範藉以規制、形成地方自治團體之自治權能。換言之，地方自治之各種權能，不論一般計劃權、人事權、組織權、財政權、地域權抑或事務規制權能，均須經過地方立法權加以規制使能獲得實現，自治之權能亦因此獲得實現（林文清，2004：5）。

自治立法依其主體不同，分立法立法與行政立法，而無論何者，必然都係以地方自治團體機關的立場，進行立法活動；如國家機關，即使所制訂法規，係專門解決地方的問題，也不屬於自治立法的範圍；中央派駐方的機關所訂定的法規，也非自治法規（劉文仕，2016：261）。

自治立法權為地方自治的核心，「縣有立法權」本為憲法第 124 條所明定，綱要、自治法也都有「自治規章」的條文，地制法甚且有自治法規專節（劉文仕，2016：54）。在地方自治範疇中，地方自治團體係依團體自治、住民自治原則組成可以負擔義務、行使權利之公法人，並依垂直分權原則劃分權限使地方自治團體得自由、自主的處理地方公共事務，並因此不受國家中央之干涉。而真實的地方自治仍須透過地方自治立法方得

以實現。

就我國而言依據地方制度法之規定，地方自治團體得就其權限訂立並據以管領自治區域內之住民法令，依地方制度法第 25 條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」

要言之，地方自治法規訂立機關為直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市），該等法規所規範之事項為自治事項或依法律或上級法規之授權；由此可知自治法規之來源可分為自治事項及法律及上及法規授與之事項。自治法規經該地方自治團之立法機關通過並經行政機關公布者為「自治條例」；地方自治法規經由該行政機關訂立，且發布或下達者是為「自治規則」。

第二節 自治條例

「條例」在中央係由國家立法機關訂定（立法院）由總統公布施行係屬法律之一種¹⁴，而「地方自治條例」係指在地方自治團體係由地方立法機關訂並交由地方行政機關公布。有關地方自治條例之規定地方制度法係於第 26 條中規定：

I 自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）

稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約。

II 直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其

他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行。

¹⁴中央法規標準法第 2 條：「法律得定名為法、律、條例或通則。」

III 前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。

IV 自治條例經各該地方立法機關議決後，如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布；其餘除法律或縣規章另有規定外，直轄市法規發布後，應報中央各該主管機關轉行政院備查；縣（市）規章發布後，應報中央各該主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後，應報縣政府備查。

「地方自治條例」一詞係地方制度法所新創的法律用語，揆其用意乃在於提升地方立法權的層次，得與中央旗鼓相當。依地方制度法第 26 條 4 款之規定，對於定有罰則之地方自治條例顯採較為嚴謹的監督程序，地方自治團體於制定自治條例後如有罰則，應分別報行政院、中央各該主管機關核定後方能發布。至未定有罰則之自治條例經地方立法機關定立後除法律或縣規章另行規定者外，直轄市法規發布後僅須報中央主管機關轉行政院「備查」；縣（市）規章發布後應請中央主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後應報縣政府備查。

地方自治條例經地方立法機關三讀通過後屬於地方住民的法律，不論就自治法規外觀或內容上觀之均須與中央法規之要求一般，更須謹守應備之程序及原理原則。對於地方住民之規範不得逾越授權自治事項之範圍。

第三節 自治規則

自治規則性質上如同地方層級之「法規命令」（黃錦堂，2011：280）；行政機關經由法律的「法規創造力」，取得授權命令的立法管轄權，固勿論；而在大陸法系國家，一般容認縱無法律的特別授權，行政官署在其職權範圍內，為執行法律，亦得依其職權頒布行政命令，其乃行政官署的職權範圍，且均屬行政立法行為的產物，並不因中央或地方行機關而有異，並依地方自治法第 25 條規定...明揭自治規則不僅包括行政程序法

所稱之法規命令，也包括職權命令與行政規則（劉文仕，2016：271）。自治規則和自治條例一樣都是地方自治團體基於自治立法權所制定的自主法，不過它與自治條例不同的是，它不是由地方立法機關議決，而是由地方行政機關之首長訂定的自主法（張正修，2001：281）。

在國家中央，行政機關為遂行其行政行為，法律授權或規定行政機關得依其職權定令相關之命令，所訂定之命令可能為授權命令亦可能為職權命令；相關原理放諸方自治團體亦然，地方行政機關訂立相關命令亦符法制。

地方制度法第 27 條規定如下：

I 直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定自治規則。

II 前項自治規則應分別冠以各該地方自治團體之名稱，並得依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。

III 直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）自治規則，除法律或基於法律授權之法規另有規定外，應於發布後分別函報行政院、中央各該主管機關、縣政府備查，並函送各該地方立法機關查照。

由上可知，地方行政機關在下列情況下可得訂立自治規則：

1. 基於法定職權。
2. 基於法律授權之法規之授權或自治條例之授權。

且地方地制度法第 28 條對於須以地方自治條例規範者皆有明確之規定¹⁵，準此排除地方制度法第 28 條之規定皆得以自治規則規範。

¹⁵ 地方制度法第 28 條

下列事項以自治條例定之：

- 一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。
- 二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。
- 三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。
- 四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。

第四節 地方自治法規與中央法規之關係

地方自治條例與法規命令之區別

依據行政程序法第 150 條：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」法規命令與人民之權利及義務有關係，且所規範之對象為多數不特定之人民，在一般法治國家中因法規命令之效果會造成人民權利及義務之變動故需要有法律之授權，若未能有法律之授權則不能發布法規命令。

而地方自治條例之制定乃依據地方制度法第 25 條：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」地方自治條例乃為地方自治團體以其自治事項或法律及上級法規之授權所制定之法規範，並於制定後送交地方立法機關三讀通過並由地方行政機關發布者稱是。其所規範之對象為地方自治區域內之居民。性質上近似為國家中央之法律。直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）制訂地方自治條例都須經地方立法機關通過，惟其名稱、效力及對自治區域內居民權利限制亦有所不同。

就法規命令與地方自治條例之異同以依據、名稱、程序、範圍、生效要件、效力、罰則、分析如下表：

表 3-1 法規命令與地方自治條例之區別

區別	法規命令	地方自治條例
依據	<p>行政程序法第 150 條</p> <p>「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權...」</p>	<p>地方制度法第 25 條前段：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過」</p>
名稱	<p>中央法規標準法第 3 條：「各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。」</p>	<p>地方制度法第 25 條後段：「自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」</p> <p>地方制度法第 26 條第 1 項：「自治條例應分別冠以各該地方自治團體之名稱，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約。」</p>

表 3-1 (續)

<p>制定程序</p>	<p>行政程序法第 152 條 (法規命令之提議)</p> <p>行政程序法第 153 條 (法規命令提議之處理原則)</p> <p>行政程序法第 154 條 (法規命令之預告程序)</p> <p>行政程序法第 155 條 (行政機關得依職權舉行聽證)</p> <p>行政程序法第 156 條 (聽證前應行預告之事項及內容)</p> <p>行政程序法第 157 條 (法規命令之發布)</p>	<p>地方制度法第 25 條：「...自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例...」</p> <p>地方制度法第 26 條第 4 項：「自治條例經各該地方立法機關議決後，如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布；其餘除法律或縣規章另有規定外，直轄市法規發布後，應報中央各該主管機關轉行政院備查；縣（市）規章發布後，應報中央各該主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後，應報縣政府備查。」</p> <p>地方制度法第 32 條：「自治條例經地方立法機關議決後，函送各該地方行政機關，地方行政機關收到後，除法律另有規定，或依第 39 條規定提起覆議、第 43 條規定報請上級政府予以函告無效或聲請司法院解釋者外，應於 30 日內公布。」</p>
-------------	--	--

表 3-1 (續)

<p>規範之範圍</p>	<p>行政程序法第 150 條第 1 項後段： 「對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」</p>	<p>地方制度法第 25 條：「...自治事項或依法律及上級法規之授權...」 地方制度法第 28 條：「1.法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。2.創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。3.關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。4.其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。」</p>
<p>生效要件</p>	<p>行政程序法第 157 條：「法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布。法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」</p>	<p>地方制度法第 25 條：「...自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例...」 地方制度法第 26 條第 4 項：「自治條例經各該地方立法機關議決後，如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布；其餘除法律或縣規章另有規定外，直轄市法規發布後，應報中央各該主管機關轉行政院備查；縣（市）規章發布後，應報中央各該主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後，應報縣政府備查。」</p>

表 3-1 (續)

<p>效力</p>	<p>憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」</p> <p>中央法規標準法：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。」</p> <p>行政程序法第 158 條：「法規命令，有下列情形之一者，無效：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 牴觸憲法、法律或上級機關之命令者。 2. 無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者。 3. 其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者。 <p>法規命令之一部分無效者，其他部分仍為有效。但除去該無效部分，法規命令顯失規範目的者，全部無效。」</p>	<p>地方制度法第 30 條第 2 項：「自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例牴觸者，無效。」</p>
-----------	--	--

表 3-1 (續)

<p>罰則</p>	<p>僅規定構成要件</p>	<p>地方制度法第 26 條第 2 項：「直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行。前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。」</p>
-----------	----------------	---

資料來源：研究者整理

地方法規與中央法規之衝突

地方自治團體終究是國家整體的一部分，非國中之國，為維持國家之統一不墜，使不致分崩離析，法律社會自應同時存在一個中央集權的最低限度，與地方分權的最高限度。憲法與地方制度規範構成中央集權的最低限度，若無最低限度的制度保障，地方制度如同築城於沙，隨時因中央統治者的意志而坍塌；相對地，國家法秩序的統一性即為地方分權的最高臨界，如承認地方立法凌駕於國家法律之上，必導致群雄並起，國家因之分崩離析（劉文仕，2016：271）。

國家為遂行其統治權能，得訂立相關法律以達到其統治及管領之目的，在地方自治制度中，地方自治團體在亦得就其自治事項訂立相關自治法規。一旦國家與自治團體就相同事項訂出不一致法規時便產生爭議；依據憲法第 171 條規定：

I 法律與憲法牴觸者無效。

II 法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。

中央法規標準法第 11 條規定：

法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。

而依地方制度法第 30 規定：

I 自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。

II 自治規則與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治

團體自治條例牴觸者，無效。

III 委辦規則與憲法、法律、中央法令牴觸者，無效。

IV 第一項及第二項發生牴觸無效者，分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告。第三項發生牴觸無效者，由委辦機關予以函告無效。

V 自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。

再依司法院釋字第 527 號解釋略以：「地方自治團體在受憲法及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。地方自治團體及其所屬機關之組織，應由地方立法機關依中央主管機關所擬訂之準則制定組織自治條例加以規定，復為地方制度法第二十八條第三款、第五十四條及第六十二條所明定。...或依同法第三十條第一項至第四項規定之自治法規，與憲法、法律、中央法規或上級自治團體自治法規牴觸者無效。同法第四十三條第五項及第三十條第五項均有：上述各項情形有無牴觸發生疑義得聲請司法院解釋之規定，係指就相關業務有監督自治團體權限之各級主管機關對決議事項或自治法規是否牴觸憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，而未依各該條第四項逕予函告無效，向本院大法官聲請解釋而言。地方自治團體對函告無效之內容持不同

意見時，應視受函告無效者為自治條例抑自治規則，分別由該地方自治團體之立法機關或行政機關，就事件之性質聲請本院解釋憲法或統一解釋法令。...」

綜上，法律保留原則係憲法中國會民主原則、法治國原則及基本權利所導出（林文清，2004：230）。除規範行政機關之行政行為不能牴觸法律外其行為更應有法律依據。在地方自治的範疇中，地方自治團體得就其自治事項訂立相關自治條例藉以規範其地方住民，地方制度法更於第 30 條更有地方自治法規與上位階法令牴觸時之效力規定。而司法院司法院釋字第 467、527 號解釋確立地方自治團體之規章制定權，而釋字第 527 號解釋對於各位階法令牴觸時，上位階法令規範之效力優於下位階法令規範，而不同法令規範發生競合之時，下位階法令規範牴觸上位階法令規範無效。然於選擇各階法令規範適用時期適用法律之順序卻恰為其反，即位階低的法令規範因更具體且更能直接達到所欲規範之目的，是以一個案中最先被適用之法律反而是低位階之規範。

法律先占、橫出與上乘

在論及中央法律規範及地方法律之關係時，兩者間法律規範有無牴觸，而牴觸時要如何適用法律規範，對於這些問題，日本學界曾提出「法律先占」理論，並試圖藉中央與地方法規之間因規定不一致所產生法令適用之問題以釐清適用順序或位階。該理論認為，若一事項已由國家法律加以規定（法律先占），而該法律又無授權地方自治團體得以訂立相關地方自治法規規範時，則地方自治團體自不得在對同一事項以法相繩，甚而該事項於國家中央並無相關法規明確規範，但以相關之法律或其立法意旨推測，國家法律隱含規範之意，則該事項亦為國家中央所先佔，地方自治團體則不得再行訂立相關法規，縱使已然訂立相關法規亦屬無效。進一步言之，如若一事項中央未訂立相關法律規範，由相關法律或立法意旨亦未見反對，則地方自治團體即得對該事項制定地方自治條例而加以規範。

在 1950 年代對於有無違反法律之問題，參照行政實例等，即已指出法律先占理論的體系，應該依照「尚無法律規範的情況」及「已存在法律規範的情況」的區分而分別

檢討。到了 1960 年代，則進一步依法律與條例的「旨趣、目的」及「規範對象的同一與否」而做較精密劃分，此種劃分肯認法律先占的範圍，並對於法律與條例之規制未有明白劃分時，可作為解釋上的依據。此種簡潔明確的劃分基準，一般稱為「明白性理論」（黃錦堂，2011：287）。

在以明白性理論申言之，地方自治團體得訂立地方自治法規，但應就該事項中國家中央並無制定相關法規，若國家中央有法規時應審其規範對象是否相同，地方與中央規範的目的是否相同。

近幾年來臺灣地區的假日休閒活動頗為興盛，露營區因親近大自然、在露營過程又加上有自己動手作及團隊合作成分存在，使的各地方露營區如雨後春筍般設立；但中央迄目前為止尚未針對露營區制定相關營運管理規範，其中見有露營區者僅於〈休閒農業輔導管理辦法〉第 19 條第十五項對於休閒農場之設施中允許休閒農業設施有露營區¹⁶，

¹⁶ 休閒農業管理輔導辦法 第19條前段

休閒農場得設置下列休閒農業設施：

- 一、住宿設施。
- 二、餐飲設施。
- 三、農產品加工（釀造）廠。
- 四、農產品與農村文物展示（售）及教育解說中心。
- 五、門票收費設施。
- 六、警衛設施。
- 七、涼亭（棚）設施。
- 八、眺望設施。
- 九、衛生設施。
- 十、農業體驗設施。
- 十一、生態體驗設施。
- 十二、安全防護設施。
- 十三、平面停車場。
- 十四、標示解說設施。
- 十五、露營設施。
- 十六、休閒步道。
- 十七、水土保持設施。
- 十八、環境保護設施。

而其他條文或法規中對於露營區之設置、營運、管理等相關規定卻付之闕如；對於全國各地多如繁星之露營區，法律的空白對於消費大眾而言，在無任何法規規範下，無異增加使用風險。

在中央行政機關的不作為之下部分地方自治團體著手制定相關露營區之管理規範，以嘉縣為例，嘉義縣政府於民國 106 年 1 月 20 日即制定〈嘉義縣露營場地管理作業要點〉¹⁷，而此法規對於露營區之設置、管理、環境衛生等事項有一定規範。簡言之，對於露營區之設置與管理等相關事項國家未規定，地方則得先予制定法規範憑以管理規範。

而在論及法律先占理論時自不能忽略「橫出條例」及「上乘條例」；「條例」一詞在日本之用語即為地方公共團體所訂之規制。¹⁸而所謂橫出條例係指地方自治條例與制定的目的與國家法令所規範的目的相同，但條例卻就國家法令所規範之範圍外的事項、對象加以規範，此即所謂「旁溢規則」（日文為橫出し規制）（張正修，2001：314）。地方自治團體基於其自治權能憑以制定自治法規，若該法規與國家法律、法規命令有著相同之規範目的，該法規所規範範圍卻更為廣泛，即為橫出條例。

所謂上乘條例係指國家之法令設立一定之標準加以規範時，條例與國家法令同一之目的下，就同一事項，設立比該國法令更高之標準或國家法令就一定事項加以管制，條例與國家法令同一之目的下，對該當事項規定比國家法令所規定更強型態之管制，日本學界稱之為戴帽規制（上乘せ規制）（張正修，2001：314）。此即地方自治團體就國家

十九、農路。

二十、景觀設施。

二十一、農特產品調理設施。

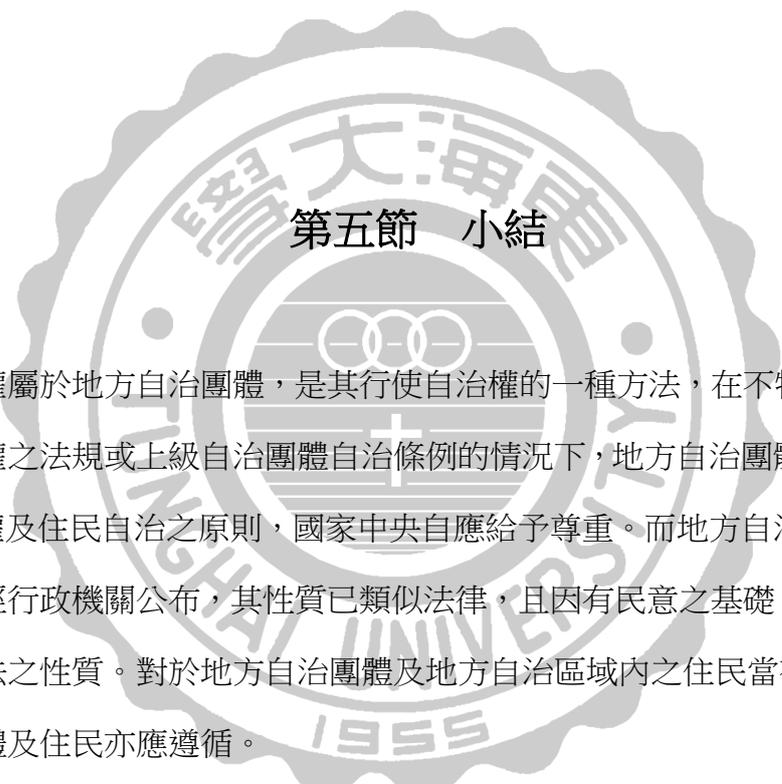
二十二、其他經直轄市或縣（市）主管機關核准之休閒農業設施。

¹⁷中華民國 106 年 1 月 20 日嘉義縣政府府授文產字第 1060014895 號函訂定發布嘉義縣露營場地管理作業要點全文 18 點

¹⁸日本地方公共團體一詞，泛指各種地方政府。依日本〔地方自治法〕的規定，地方公共團體分為普通地方公共團體及特別地方公共團體兩種。普通地方公共團體指部道府縣及市町村；特別地方公共團體則為特別區、地方公共團體組合及財產區。

中央以規範之事項，基於同一規範之目的，但制定了比國家中央更嚴格或更高標的準則。在此一情況下，規範全國的中央法規較為寬鬆，而該地區住民所受之規範是更為嚴格的，國家中央鎖定之標準僅為最低之標準。

憲法保障地方自治之本旨乃為固有之地方自治事項，在地方自治團體的自治事項中，國家中央所定的法規應當作為最低之標準，在此前提下橫出條例與上乘條例的規制應是被允許的；惟對於地方自治法規制定應考量其地域性、自主性、合理性等原則通盤考量，且應考量自治法規對地方自治團體居民權利之干涉及限制之程度，以符合憲法保障人民基本權之精神。

The seal of Tsinghua University is a circular emblem with a scalloped outer edge. It features the university's name in Chinese characters '清華大學' at the top and 'TSINGHUA UNIVERSITY' at the bottom. In the center, there are three interlocking rings and the year '1911' at the bottom. The seal is rendered in a light gray, semi-transparent style.

第五節 小結

地方立法權屬於地方自治團體，是其行使自治權的一種方法，在不抵觸憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例的情況下，地方自治團體得行使其自治權。依垂直分權及住民自治之原則，國家中央自應給予尊重。而地方自治條例需地方立法機關通過並經行政機關公布，其性質已類似法律，且因有民意之基礎，地方自治條例已具民主及立法之性質。對於地方自治團體及地方自治區域內之住民當有一定之拘束，而地方自治團體及住民亦應遵循。

地方立法權是地方自治中重要之權限，而地方立法權更是評斷地方自治制度的標準。而在我國權力劃分的原則下有著難以劃清界線的尷尬，而地方立法權關乎地方自治的施行是否能因地制宜並達到地方事由地方人自由、自行、自主的管理的目的。然地方與中央權限的衝突與重疊容易造成地方權限被中央剝奪的地方自治窘境；在此情形下如何確立地方法規之位階效力，方能解決此一地方法規之困境。這樣地方法規更能發揮其效力，以避免不同層級間政府之衝突，住民更能有所適從以達到法治的國家。



第四章 相關實務判決評析

「有權利及有救濟，無救濟者非權利」在此一法理下國家即應建立救濟制度。依我國法制制度之設計，在人民基本權利因政府公權力的執行而認為受到損害時，人民得依據行政爭訟程序及國家賠償提出救濟，以作為權利保障之途徑。國家對人民基本權之限制之目的係為統治及管領人民之手段，手段方法之實施仍應顧及人民之基本權。人民對於行政機關之行政處分不服之時，自得依法提起訴願及行訴訟等程序以保障其自身之權利。

第一節 最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議

決議文

電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。」上開規定之立法目的，乃鑑於電子遊藝場對於社會安寧會造成一定之影響，故明定其營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院 50 公尺以上。因其限制對於營業人營業自由之影響尚屬輕微，所定 50 公尺之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。又關於縣（市）工商輔導及管理，乃屬地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定之縣（市）自治事項，依本法第 25 條之規定，縣（市）本得就其自治事項，於不抵觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，故縣（市）依其地方環境之需要，以自治法規另定較高之限制標準，難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定抵觸。惟關於創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務，應以自治條例定之，為地方制度法第 28 條第 2 款所明定。縣（市）政府依都市計畫法臺灣省施行細則第 17 條第 9 款之規定逕以公

告限制申請設立電子遊戲場業者，須距離國民中、小學、高中、職校、醫院 1000 公尺以上，自係對於人民營業權之限制，其未以自治條例為之，即與地方制度法第 28 條第 2 款之規定不合，其公告要非合法。至以自治條例規定電子遊戲場營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院若干公尺以上之限制，關係居民之營業權，須符合比例原則，乃屬當然，併此指明。

決議文評析

本決議係為縣（市）政府公告限制申請設立電子遊戲場業者，須距離國民中、小學、高中、職校、醫院 1000 公尺以上，而此項公告限制是否合法所作之決議。決議文中主要論點為電子遊戲場對於社會安寧造成一定之影響，國家中央對於電子遊戲場業者主要之管理法規為電子遊戲場業管理條例、都市計畫法及都市計畫法臺灣省施行細則；在此次聯席會議決議下，將電子遊戲場管理條例第 9 條第 1 項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。」應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。並確認工商輔導與管理屬於地方自治團體之自治事項，得制定自治條例以限制地方自治團體居民之權力與義務，且並於決議文中明示地方自治團體得制定比中央更嚴格之限制。在此決議文影響之下各級行政法院判決皆未跳脫此一決議文之框架。

第二節 臺北高等行政法院 99 年訴字第 2377 號判決

事實概要

原告前申經被告核准於新北市○○區○○路○段 83 號經營金營電子遊戲場業（下稱金營遊戲場），領有限 00000000 號電子遊戲場業營業級別證，營業項目為「J701010 電子遊戲場業（限制級）」，核准登記之營業場所面積為 77.42 平方公尺（限 1 樓）。原告擬將原未申請核准之同建物 2 樓（面積 93.75 平方公尺）一併作為電子遊戲場業之營業場所，乃於 99 年 7 月 5 日向被告申請將電子遊戲場

業營業級別證之營業場所面積登記變更為 171.17 平方公尺，經被告審認其擬變更作為電子遊戲場所之部分，因周遭 990 公尺範圍內已有正義國小等 9 間學校，違反臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 4 條規定，遂以 99 年 7 月 21 日北府經登字第 0990622195 號函（下稱原處分）否准所請。原告不服，提起訴願，經決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

本件爭點

本件兩造爭執要點為被告審認原告申請變更電子遊戲場業營業級別證營業場所之面積登記，其增加之面積未距離國民中、小學 990 公尺以上，違反臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 4 條之規定，而否准所請，有無違法？

本院判斷如下：

按電子遊戲場業管理條例第 2 條規定：「本條例所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」第 8 條規定：「電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合下列規定：一、營業場所位於實施都市計畫地區者，應符合都市計畫法及都市土地使用分區管制之規定；於非都市計畫地區者，應符合區域計畫法及非都市土地使用管制之規定。二、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令之規定。三、營業場所之消防安全設備，應符合消防法令之規定。」第 9 條規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量。」第 11 條第 1 項、第 3 項規定：「（第 1 項）電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書，並檢附其營業場所合於第 8 條第 1 款及第 2 款規定之證明文件，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：一、電子遊戲場業之名稱。二、營業級別。三、機具類別。四、電子遊戲場業為公司組織者，其代表人；為商業組織者，其負責人。五、營業場所管理人。六、營業場所之地址及面積。同一門

牌，以設立一電子遊戲場業為限。」(第 3 項)各款登記事項如有變更時，應於事前辦理變更登記。」次按臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 1 條規定：「為建立電子遊戲場業營業場所之設置規範，落實電子遊戲場業管理條例(以下簡稱本條例)第 8 條及第 9 條之立法目的，制定本自治條例。」第 3 條規定：「電子遊戲場業申請設立時，其營業場所應符合本條例第 8 條各款之規定。」第 4 條規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上。前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量。」又按電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第 1 點規定：「依據：依據電子遊戲場業管理條例第 11 條第 1 項規定訂定之。」第 2 點規定略以：「申請作業程序：電子遊戲場業依公司法或商業登記法登記後，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：(一)營業場所 1.符合電子遊戲場業管理條例第 8 條、第 9 條、第 11 條第 2 項、自治條例及其他有關規定。2.普通級及限制級不得混合經營。...」

揆諸電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項規定之立法目的，乃鑑於電子遊戲場對於社會安寧會造成一定之影響，故明定其營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院 50 公尺以上。因其限制對於營業人營業自由之影響尚屬輕微，所定 50 公尺之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。又關於縣(市)工商輔導及管理，乃屬地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定之縣(市)自治事項，依同法第 25 條規定，縣(市)本得就其自治事項，於不牴觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，故縣(市)依其地方環境之需要，以自治法規另定較高之限制標準，難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定牴觸(最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議參照)。

(三)經查：1.原告經改制前臺北縣政府於 84 年 10 月 6 日核准登記於當時臺北縣三重市(現已改制為新北市○○區○○路○段 83 號設立電子遊戲場業，其准許營業場所面積 77.42 平方公尺，即僅限該門牌建物 1 樓部分，而原告於 99 年 7

月 5 日申請將原領之電子遊戲場業營業級別證營業場所面積由原來之 77.42 平方公尺，變更為包括原未核准在內之 2 樓部分（面積 93.75 平方公尺）之總面積計 171.17 平方公尺，而經被告審認其變更增加部分，因未距離附近之正義國小等 9 間國民中、小學校 990 公尺以上，而作成原處分否准其變更申請等情，為兩造不爭執，並有卷附遊戲場業商業登記抄本（見訴願卷第 56 頁）、原告之臺北縣府電子遊戲場業營業級別證（見本院卷第 27 頁）、原告申請書（見原處分卷第 1 頁）、原告遊戲場所與附近學校距離圖示（見訴願卷第 51 頁至 55 頁）、原處分（本院卷第 22 頁）、訴願決定（見本院卷第 23 至 26 頁）在卷可稽。2.原告雖以上開情詞主張被告否准其變更申請違法，應予撤銷云云。

惟按電子遊戲場業如在前引電子遊戲場業管理條例制定及各地方政府頒行電子遊戲場業設置自治條例之前，獲准設立登記者，除法令有特別規定外，固不因事後各相關法令之施行，而影響原核准之效力。惟倘在法令施行之後，所欲變更登記之事項係增加原核准登記所無之效力者，雖其申請之形式為變更登記，但實質上與新申請無異，自應適用現行法令審查是否符合相關規定要件。觀之上開原告原領之電子遊戲場業營業級別證所載，原告原獲准經營之電子遊戲場所位置僅限於目前門牌號碼新北市○○區○○路○段 83 號 1 樓面積 77.42 平方公尺，並不及於 2 樓部分至明。則其於前引電子遊戲場業管理條例及臺北縣電子遊戲場業設置自治條例施行之後，欲將原不在核准效力範圍內之場所，申請登記為電子遊戲場所，雖其申請方式為變更登記申請，但明顯增加原設立登記效力所不及之範圍，自須符合現行法令規定之要件，始可准許。而揆諸電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項乃規定電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上，顯見不分新申請設立或變更登記所增加之營業場所，悉應受該法定距離之限制，始符立法旨趣。又參照前引最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議，電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項所定之距離係電子遊戲場業營業場所設置之最低限制，容許自治法規另定較高之限制標準，是臺北縣電

子遊戲場業設置自治條例第 4 條既已明定限制其距離須 990 公尺以上，則於該條例施行後，始在新北市所轄範圍內設置之電子遊戲場業營業場所，無論是新設置或擴增之營業場所，均應符合上開規定之距離限制要件。準此以論，本件原告在上開電子遊戲場業設置自治條例施行後，欲將原領電子遊戲場業營業級別證未記載之上開建物 2 樓部分，變更登記為電子遊戲場業之營業場所，自須符合「距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上」之要件，始可准許之。是故本件原告申請增加之營業場所即新北市○○區○○路○段 83 號 2 樓，因附近 990 公尺範圍之內，有正義國小等 9 所國民中、小學校，既不許新申請設立電子遊戲場業，亦無從藉由變更登記營業場所面積之方式，以達到擴大經營電子遊戲場業之目的。3.是故本件被告審認原告申請變更增加之營業場所，因未距離附近之國民中、小學 990 公尺以上，而否准所請，於法有據。

綜上所述，原告上開主張各節，均非可取，原處分並無違誤，訴願決定予以維持，核無不合。原告猶執前詞，訴請如聲明所示，為無理由，應予駁回。

本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘陳述與舉證，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併予敘明。據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

判決評析

本案原告金營電子遊戲場業（下稱金營遊戲場）受行政處分否准提起訴願，經決定駁回，遂提起本件行政訴訟。案經臺北高等行政法院 99 年訴字第 2377 號判決後判決原告敗訴；即否准其變更登記。

本案判決主要參照最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議，電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項所定之距離係電子遊戲場業營業場所設置之最低限制，容許自治法規另定較高之限制標準，是臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 4 條既已明定限制其距離須 990 公尺以上，則於該條例施行後，始在新北市所轄範圍內設置之電子遊戲場業營業場所，無論是新設置或擴增之營業場所，均應符合上開規定之距離限制要件。

在最高法院庭長法官聯席會議決議下，地方自治團即得制定較中央法規更嚴格之標準，致原告所請為無理由，判決敗訴。惟原告所申請營業之場所既有正義國小等 9 所國民中小學校在附近，以原告所在地臺北縣三重市（現為新北市三重區）而言可能並無合適地點可設置電子遊戲場。已造成實質阻絕之結果。

第三節 臺北高等行政法院 98 年訴字第 2050 判決

事實概要

原告前於民國(下同)95 年 6 月 15 日向臺北縣政府申請於臺北縣板橋市○○○路 139 號 5 樓、6 樓設立「蕃薯藤電子遊戲場」，經營電子遊戲場業業務，嗣原告不服臺北縣政府 95 年 6 月 30 日北府建登字第 0953028713 號審查通知書所為之否准處分，提起訴願，經經濟部認原處分機關未踐行商業登記法第 21 條之通知補正程序，實有未洽，故以 96 年 3 月 28 日經訴字第 09606064760 號訴願決定將「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」。臺北縣政府遂依訴願決定旨，以 96 年 4 月 17 日北府建登字第 0960212843 號函請原告於文到 7 日內檢具營利事業登記應備書件，以利重為審查，原告乃於 96 年 4 月 23 日親自送件至臺北縣政府辦理，案經各單位聯合審查後，於同日由承辦人當面告知原告於 7 日內補正用途相符之使用執照續為辦理，惟原告逾期未為補正，臺北縣政府則以 96 年 5 月 15 日北府建登字第 0963027153 號審查通知書駁回原告之申請。原告不服，再提起訴願，經經濟部以 96 年 8 月 15 日經訴字第 09606072630 號訴願決定駁回後，訴經本院以 97 年 7 月 3 日 96 年度訴字第 3364 號判決駁回原告之訴，原告不服該項判決提起上訴，現由最高行政法院審理中。嗣原告於 97 年 6 月 23 日檢附變更用途後之使用執照請求續為審查，經被告以 97 年 6 月 26 日北經登字第 0973034766 號函覆：「該案已進入行政爭訟程序，請靜候行政法院終局判決結果。」

原告復於 97 年 12 月 30 日、98 年 1 月 22 日檢附營利事業登記應備書件及經濟部 96 年 3 月 28 日經訴字第 09606064760 號訴願決定書，再次向被告申請營利事業設立登記（營業地址：臺北縣板橋市○○○路 139 號 5 樓），營業項目：「J701010 電子遊戲場業」，經被告審查認為因其營業場所設置地點不符「臺北縣電子遊戲場業設置自治條例」第 4 條規定，乃以 98 年 2 月 12 日北經登字第 0973064193 號函駁回原告之申請。原告仍表不服，提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

本件爭點

一、本件原告原爭執本件被告無當事人能力；惟按「行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。」、「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第 4 條之規定，向受委任之機關或其直接上級提起訴願。」行政程序法第 15 條第 1 項及訴願法第 8 條分別定有明文。次按地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定「縣（市）工商輔導及管理」為縣（市）自治事項。查臺北縣政府於 96 年 9 月 29 日以北府法規字第 0960630294 號令頒「臺北縣政府經濟發展局組織規程」在案（見本院卷第 159 頁），且於同年 12 月 3 日以北府經商字第 0960749092 號公告「.. 電子遊戲場業管理條例..有關本府權限事項，委任予本府經濟發展局，以該局名義執行之，並自公告日施行。」（見本院卷第 167 頁），且有臺北縣政府經濟發展局組織規程在卷可憑（見本院卷第 99 頁），亦有「印信」蓋於委任狀上可稽（見本院卷第 84 頁背面），已具備行政機關之要件，足見本件被告有辦理原告申請設置電子遊戲場營利事業設立登記之權限，且經原告於本院言詞辯論時表示不爭執（見本院卷 82 頁）。另原告原爭執本件係與其於 95 年 6 月 15 日申請營利事業登記之延續，為同一事件云云；但查上開營利事業登記事件，原告申請營利事業設立登記之地點係台北縣板橋市○○○路 139 號 5 樓、6 樓；被告係「臺

北縣政府」，且否准處分之理由係原告逾補正期限未補正用途相符之使用執照為由（參本院 96 年度訴字第 3364 號判決）；而本件原告之申請係 97 年 12 月 30 日檢附使用執照向被告提出之申請事件，申請營利事業設立登記之地點係台北縣板橋市○○○路 139 號 5 樓（即未包含 6 樓）、被告係「臺北縣政府經濟發展局」，否准處分之理由係原告申請設置電子遊戲場之位置不符合臺北縣自治條例第 4 條距離限制之規定，且前開 95 年 6 月 15 日申請案，原告不服本院 96 年度訴字第 3364 號駁回判決，提起上訴，刻由最高行政法院審理中，本院於言詞辯論時闡明若原告執意係「同一案件」，本院自可依行政程序法第 107 條第 1 項第 7 款裁定駁回本件起訴，經原告表示不爭執（見本院卷 80 頁）；又本件被告否准原告之法律依據，係「臺北縣電子遊戲場業設置自治條例」第 4 條，而非最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議及 96 年 6 月份庭長法官聯席會議決議所指之「都市計畫法施行細則」亦經本院於言詞辯論時闡明，原告亦不爭執（見本院卷第 80 頁），記明在卷。從而，原告系爭 97 年 12 月 30 日之申請案，自有 95 年 6 月 28 日修正之「臺北縣電子遊戲場業設置自治條例」之適用至明，而本件之爭點厥為：經濟部訂定「50 公尺以上。」；而本件被告則執「臺北縣電子遊戲場業設置自治條例」第 4 條「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上（第 1 項）。前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量（第 2 項）。」之規定為依據，是否合法。本院判斷如下。

二、按地方自治立法權依憲法第 11 章有其依據，且於地方制度法第 3 章「地方自治」中特設第 3 節「自治法規」加以規範，已有其立法基礎。然地方自治立法權就自治事項得為何種程度及範圍之立法，地方制度法仍未給予完全的解答。易言之，就地方自治之本質理論，即其與國家法之關係，學說上有 1、承認說；2、固有權說；3、制度保障說及 4、人民主權說之分，若採固有權說及人民主權說之見解，地方自治立法權當然不可被剝奪；若採承認說之立場，則國家自可剝奪其立法權；而制度保障說對於自治立法權之保障則介於兩者之間。惟上開理論仍無

法提供令人滿意的解答。本院認為在現制下，自治立法權即自治事項既由地方制度法所明定，則其範疇之界定，即應由實定法的解釋出發，而無法純由地方自治之本質直接導出。

三、從而，自治立法權的行使並非毫無限制，最重要的是，自治立法權不得侵國家法的界限，即不得侵越國家法之專管事項；再者，國家法與自治的關係過去有所謂「法律先占理論」，即地方自治立法在如下場合被認為不牴觸國家法：1、國家法就某事項未制定規範者；2、就國家法規範之同一事項，自治立法基於不同目的而加以規範者；3、基於與國家法相同之管制目的，自治立法就不同事項設有規範者。換言之，若自治立法與國家法在規範對象與目的兩者均相同的情況之下，猶定有較高程度或較高基準的規範，或是超出國家法所委任之界限時，即屬侵犯法律先占領域，該自治立法應屬無效、違法。但「法律先占理論」已經不符時代潮流而被放棄。其替代性或修正之理論，即擺脫上開理論機械式的、形式的操作，而自實質面檢討中央與地方法律競合之關係。依「行政領域論」之主張，要求政府積極作為的「積極行政」領域及政府應盡可能自我抑制的「消極行政」領域，地方自治團體對於前者自得積極行使立法權，後者則反是。若依「國家法性質論」，則憲法本將地方自治行政的核心部分視為一種固有的自治事務，於此範圍內，國家法即令有所規範，亦應將之視為全國最低基準，而許自治立法得作更高程度之規範。易言之，國家法分為「規限制法律」與「最低基準法律」，自治立法只在牴觸前者時，才會被解為違法無效。

四、地方制度法第 30 條第 1 項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者無效。」可知地方自治團體就其自治範圍內的專管事項擁有固有的自治立法權，並就地方與中央之共管事項，在不牴觸國家法的限度內擁有立法權。此外，由於自治立法亦為立法的一種，當然必須受到憲法及學理上限制立法權的一般原則，如比例原則或平等原則之限制。

五、查電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項「電子遊戲場業之營業場所，應距

離國民中、小學、高中、職校、醫院 50 公尺以上。」之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制（最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議參照），而臺北縣電子遊戲場業設置自治條例係臺北縣政府依地方制度法第 25 條及第 26 條規定，就其輔導、管理之「電子遊戲場業」之自治事項所制定之自治法規，經臺北縣議會第 16 屆第 1 次定期會第 21 次會議大會議決通過，由臺北縣政府於 95 年 6 月 28 日以北府法規字第 0950470439 號令公布施行，並報經濟部於同年 7 月 14 日以經商字第 0950 0104340 號函准予備查在案（見本院卷第 73、76、77 頁），上該自治條例第 4 條雖將電子遊戲場業管理條例所規定之距離限制做更嚴格的規定，規定為「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上」，但查上開更嚴格的距離限制，有臺北縣地方自治「因地制宜」之必要，業經臺北縣議會第 16 屆第 1 次會議大會詳細討論，獲得議決（見本院卷第 111 頁至 126 頁會議紀錄），可見系爭自治條例第 4 條所為「990 公尺」之距離限制係在該縣議會民意代表之共識下所做的決定，而電子遊戲場業之輔導及管理既非國家法之專管事項，電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定又係最低基準之限制，再者，系爭自治條例施行後，亦有電子遊戲場業符合自治條例第 4 條之規定申請獲准者（見本院卷第 81 頁及第 108-1 頁），另外，本件原告申請設置電子遊戲場業之地點距離「大觀國小」、「大觀國中」、「華僑實驗高中」、「板橋國中」、「板橋高中」、「忠孝國中」、「後埔國小」、「光華商職」、「中山國小」等中、小學校及商職，直線距離均在 990 公尺之內，有圖示資料可稽（見本院卷 127 頁至 135 頁），從而，除非有被告依系爭自治條例第 4 條規定，作成否准原告系爭申請之處分，有明顯、重大的侵害人民財產、營業自由的特殊情況，要無執該自治條例第 4 條規定與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項規定抵觸、逾越授權範圍，或違反比例原則、平等原則，致違法或無效可言。經查原告未據提出任何積極證據足以證明本件被告適用臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第 4 條規定，以原告申請系爭電子遊戲場業設立登記，因設置地點違反該條例規定之 990

公尺之距離限制，有何違法、無效之處，揆諸前揭說明，其等指摘系爭否准處分違法、無效之主張，洵不足採。按「法官依據法律獨立審判」憲法第 80 條定有明文，系爭自治條例之訂定既係臺北縣政府本於憲法地方自治章之保障所為權限之行使，自無不合。且電子遊戲場業之輔導及管理又係地方制度法規定之自治事項，更非國家法（電子遊戲場業管理條例）之專管事項，而「電子遊戲場業管理條例」第 9 條第 1 項「50 公尺」之距離限制又係最低之基準，被告依據該縣議會大會民意代表之議決，認定在其轄區設置電子遊戲場業必須距離學校 990 公尺以上之處始予准許，核屬地方自治「因地制宜」之必要，且有依此規定獲准為營業設立登記者，自非形同禁止，剝奪營業自由可言。且亦未違反比例原則及平等原則，已如上述，從而，原處分否准原告申請，並無違法，訴願決定予以維持，亦無不合。原告訴請撤銷，併請判命被告應續為審查本件原告營利事業設立登記之申請，均為無理由，應予駁回。

本件爭點業經闡明，記明在卷，且事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法核與本件判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

判決評析

本案原告為「蕃薯藤電子遊戲場」，經營電子遊戲場業業務，不服臺北縣政府（現為新北市政府）駁回其營利事業設立登記，原告提起訴願亦遭決定駁回，遂提起訴訟。臺北縣電子遊戲場業設置自治條例將電子遊戲場業管理條例所規定之距離限制做更嚴格的規定，規定為「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上」，使台北縣對於電子遊戲場業比中央（經濟部）所制定之電子遊戲場業管理條例所制定之距離限制更為嚴格。

判決書中指出電子遊戲場業之輔導及管理既非國家法之專管事項，電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定又係最低基準之限制，本件原告申請設置電子遊戲場業之

地點距離有 9 所學校在 990 公尺範圍內，在未有明顯、重大的侵害人民財產、營業自由的特殊情況，要非該自治條例未牴觸上位階法規範、逾越授權範圍，或違反比例原則、平等原則的情況下地方自治條例為有效。是以台北縣電子遊場業設置自治條例得制定比中央 19.8 倍之距離限制。

但判決中仍有多項疑義未曾敘明，首先，如有侵犯營業自由（人民基本權）時地方自治條例就不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。就商業之輔導與管理事項而言以憲法上權限之劃分原則中央有權限，而地方自治團體也有其權限；中央是否授權地方及其授權之範圍，在許可範圍內方符法律保留原則。再者，電子遊戲場業管理條例未授權地方自治團體得制定更嚴格之門檻距離，而造成原告不符電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點之規定而營業申請駁回；以技術性、細節性之行政規則而造成斯損及人民之基本權，著有疑義。又者，臺北縣電子遊場業設置自治條例鎖定距離門檻為 990 公尺，電子遊戲場業管理條例所定距離為 50 公尺兩間差距 940 公尺比例為 19.8：1，兩者差異極大，是否符合比例原則及平等原則應有再探討之餘地。



第五章 司法院釋字第 738 號評析

權力分立制度，係為民主制度的根本原則，在歐美國家或為行政、立法、司法三權分立制度，而在我國雖為行政、立法、司法、考試、監察五權分立但其意義與原則亦為一致。法律由代表民意的立法機關制定，法律制定後交由行政機關執行，而行政機關對於執行之法律行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與他機關職權發生爭議，或適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義時得向司法院聲請解釋；在此情況下行政與立法權或不同法律間之調和則端靠司法權解釋。以電子遊戲場業管理條例而言，中央與地方政府間之法律之規範已存在歧異；地方政府所定之規範限制遠較中央更為嚴格，受規範的電子遊戲場業者亦因適用較嚴格之規定而無法取得營業許可，在此情形下電子遊戲場業者之基本權是否因此而受到損害則可聲請司法權解釋以為保障。

第一節 解釋爭點、解釋文及理由書

事實摘要

聲請人陳○○即金○電子遊戲場業，前經臺北縣政府(現改制為新北市政府，下同)核准於臺北縣三重市(即新北市三重區)經營金○電子遊戲場業(限制級)，並領有電子遊戲場業營業級別證。聲請人嗣向臺北縣政府申請變更電子遊戲場業營業級別證之營業場所面積。該府認擬變更作為電子遊戲場業營業場所之部分，因周遭 990 公尺範圍內有學校，違反臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條而否准所請。聲請人不服，循序提起救濟，經臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2377 號判決及最高行政法院 100 年度裁字第 1601 號裁定駁回。聲請人認確定終局判決所適用之臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項、電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定有違憲疑義，爰聲請大法官解釋。本解釋案經大法官併案審理之其他聲請人尚有吳○○即凱○○

電子遊戲場業等七人。

解釋爭點

電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定申請上開級別證須符合自治條例規定，是否合憲？臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（已失效）第四條第一項、桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項分別規定電子遊戲場業營業場所應距離特定場所一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上，是否合憲？

解釋文

電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，尚無牴觸法律保留原則。臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則。惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。

理由書

人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制，惟若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範，而無違於憲法第二十三條法律保留原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第四四三號、第七一六號及第七一九號解釋參照）。又憲法規定我國實施地方自治。依憲法第一百十八條及憲法增修條文第九條第一項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第二十五條及第二十八條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得抵觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。

電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……六、營業場所之地址及面積。」經濟部為電子遊戲場業管理條例之中央主管機關（同條例第二條參照），本於主管機關權責修正發布之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1.符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一）僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未抵觸法律保留原則。惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不抵觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。

憲法於第十章詳列中央與地方之權限；第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」第一百十條第一項第十一款復規定：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。」另於第一百十一條明定如有未列舉事

項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有一縣性質者則屬於縣之均權原則，藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（本院釋字第五五〇號解釋參照）。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第四九八號解釋參照）。準此，中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不抵觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

又自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則。就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」第二十八條第二款規定：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無抵觸。

臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」（下稱系爭規定二）臺

北縣電子遊戲場業設置自治條例（一〇一年十二月二十五日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效）第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（下稱系爭規定三）桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」（下稱系爭規定四）均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違，其對人民營業自由增加之限制，亦未逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則。至系爭規定二另就幼稚園、圖書館，亦規定應保持一千公尺距離部分，原亦屬地方自治團體自治事項之立法權範圍，亦難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則有違。

因電子遊戲場業之經營，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康足以產生不利之影響，立法者乃制定電子遊戲場業管理條例以為管理之依據（電子遊戲場業管理條例第一條參照）。該條例第九條第一項規定，電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上，為達成上開立法目的之一種手段。系爭規定二將限制級電子遊戲場業營業場所應保持之距離延長為一千公尺，且含幼稚園、圖書館為電子遊戲場業營業場所應與其保持距離之場所；系爭規定三、四則分別將應保持之距離延長為九百九十公尺、八百公尺以上。

究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第五八四號、第七一一號解釋參照）。系爭規定二、三、四所欲達成維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等公益之立法目的洵屬正當，所採取電子遊戲場業營業場所應與特定場所保持規定距離之手段，不能謂與該目的之達成無關聯。且各直轄市、縣（市）就其工商輔導及管理之地方自治事項，基於因地制宜之政策考量，對電子遊戲場業營業場所設定較長之距離規定，可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。至該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，亦無可疑。尚難謂已違反比例原則而侵害人民之營業自由。惟有鑑於電子遊戲場業之設置，有限制級及普通級之分，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康所可能構成妨害之原因多端，各項原因在同一直轄市、縣（市）之各區域，所能產生影響之程度亦可能不同。加之各直轄市、縣（市）之人口密度、社區分布差異甚大，且常處於變動中。各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，併此指明。

另聲請人之一認臺北高等行政法院一〇二年度訴字第五六號及最高行政法院一〇二年度判字第七四〇號判決，適用中央法規標準法第十八條但書所表示之見解，與臺中高等行政法院九十二年度訴字第八七七號及最高行政法院九十四年度判字第一〇〇五號判決所表示之見解有異，聲請統一解釋部分，並非指摘不同審判機關（如最高法院與最高行政法院）之確定終局裁判就適用同一法律或命令

所表示見解有異。是此部分聲請，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定不符，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

解釋文及理由書評析

對於人民權利之限制，非有法律或法律明確授權之命令不得為必要之限制之，此為對人民基本權之保障；而在憲法第 23 條法律保留原則規範之下，主管機關所發布之命令僅得對於執行法律之細節性、技術性次要事項規定，而地方自治條例規範居民的權利義務其內容不得牴觸上位階法規且應符合比例原則及法律保留原則。解釋理由書對於地方自治團體是否有依據對於電子遊戲場業者制定自治條例以為規範採正面立場。亦即地方自治團體有權責制定管理電子遊戲場業者之自治條例並以此法規規範相關業者。洵屬有據。

解釋文理由書亦明白指出須符合法律保留原則，並指出於合理範圍內得以自治條例限制居民之基本權，並未禁止各地方自治團體以自治條例應保持更長距離之規範；然，何以為合理之範圍，中央法規未有規定合理之範圍所應落下之區間為何，僅以抽象不具體之合理範圍規範，因此各地方自治團體所制定之地方自治條例規範範圍必然五花八門。地方自治團體所定之規範已達中央所定規範之 20 倍，其規定所定之距離是否合於比例原則且是否已造成實質阻絕，應有探究之空間。

第二節 司法院釋字第 738 號解釋部分不同意見書

部分不同意見書蔡明誠提出黃虹霞加入

一、 電子遊戲場業管理是否屬於單純地方自治事項及其法律保留問題

惟電子遊戲場業管理是否屬於前揭地方制度法所稱工商輔導及管理之自治事項，頗值得推敲。如將電子遊戲場業解釋為商業，屬於前述「工商輔導及管理」所稱「商」所涵蓋，似無疑義。但從前揭條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，地

方自治團體基於因地制宜，制定符合地方需求之工商輔導及管理事項，或認為是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲業規範，係值得探討之中央與地方權限劃分之問題。

目前相關地方法規之規範方式加以比較觀察，有泛稱某市（縣）為規範電子遊戲場業之設置，或為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例，但未特別指稱其明確法源依據者。若從名稱比較觀察，約半數以上稱電子遊戲場業「設置」自治條例，少數稱電子遊戲場業「設置管理」自治條例，例如高雄市稱電子遊戲場業「管理」自治條例。地方自治團體有關電子遊戲場業管理規範之名稱與內容，未盡統一。如將電子遊戲場業管理，解釋為單純地方自治事項，各該地方立法機關及行政機關固得自行制定公布相關自治條例。設若認為其非屬於地方之自治事項，則須取得法律授權，始得制定自治條例。

電子遊戲場業管理之一般性規範，宜由中央就其憲法所賦予之立法權限，制定全國性之規範，是以本件系爭規定有關營業場所距離限制之許可要件，不宜逕認為其係屬於工商輔導及管理之單純地方自治事項。地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。

二、 憲法第十五條工作權及財產權保障與職業自由、營業自由之基本權保障範圍、及本件解釋所涉及之基本權，宜再予釐清

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。工作權主要是指選擇工作自由，乃個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂的職業自由。我國憲法將職業自由納入憲法第十五條工作權保障範圍。有關營業自由，往往依據憲法上工作權及財產權之保障予以併稱，且合併適用兩項基本權，認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。前述職業自由，通常僅納入工作權保障，但未論及財產權保障。在此情形，可見職業自由、營業自由、工作權與財產權四種基本權之涵蓋範圍，並非完全相同。因此，本件

電子遊戲場業營業場所開設距離之限制，於憲法上基本權之保障範圍，可能涉及職業自由或營業自由。

本件解釋認「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」。雖有謂職業自由包括營業自由，惟兩者內涵不盡相同，可能因其所依據基本權不同（工作權、財產權或憲法第二十二條之自由或權利等），而異其審查方法或密度。職此，如單從職業自由為保障範圍，而不論營業自由部分，似比較單純，否則於此應另外探討營業活動有關財產權（例如營業權保障）之基本權保障範圍。

三、從比較憲法解釋角度論職業自由之保障與其限制之違憲審查方法

比較憲法解釋方法得作為第五種解釋方法。如從憲法發展史觀察，各國憲法具有生成發展之不同歷史背景，雖不宜全盤繼受，但就外國憲法實務或學理上經驗，基於問題導向解決方法，並以比較憲法解釋之觀點，適度予以參酌，並應用之，或許有助於我國法令違憲審查之健全與發展。

四、電子遊戲場業之營業場所開設距離限制之定性及歸類—營業場所開設距離限制宜解為職業選擇自由之客觀許可要件

如單純從文義表面觀之，似容易將之認為營業場所距離限制，係屬於職業執行自由之限制。惟從法律體系及目的解釋，不論是中央立法制定之電子遊戲場業管理條例及中央主管機關訂定之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點，或是地方各自治團體所制定之電子遊戲場業設置自治條例，就電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，相關規定均係作為電子遊戲業之開始職業的實施或申請開設之要件，實非單純職業執行活動之規定，是故系爭規定宜解為係針對申請設置電子遊戲場業之客觀許可要件，而非僅係對從事工作地點之執行職業自由所為限制。詳言之，聲請人提出開設電子遊戲場營業之申請時，必須符合系爭規定之要求，否則不予許可或不准開始職業活動的實施。

五、從三階段論及比例原則整合觀察本件聲請釋憲之疑義

如前所述，本件系爭規定雖認為其不違反法律保留原則，但其性質屬於職業選擇自由之客觀許可要件，因此，在規範目的正當性方面，須要有極重要公共利益之要求。在目的與手段間之適合性、必要性與均衡性（狹義比例），均應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

本件系爭規定所設定之營業場所距離限制，或許基於社會、環境安寧或保護兒童或少年身心健康等目的，符合極重要公共利益之要求。惟其目的與手段間是否合乎必要性及均衡性要求，仍有探討之餘地。因使用「一定距離以上之量化」作為許可標準，導致有些地區根本無設置電子遊戲場所之可能，甚至達到本件解釋所稱實質阻絕之不利影響。



部分不同意見書羅昌發提出

多數意見認為系爭規定一並未牴觸法律保留原則；本席敬表同意。多數意見認為系爭規定二、三、四並未違反中央與地方權限劃分原則，亦未違反比例原則（即憲法第二十三條之必要要件），本席認有斟酌餘地。謹就後二者提出部分不同意見書如下。

壹、有關中央與地方權限劃分之問題：「因地制宜」原則之釐清

一、本件有關中央與地方權限劃分，關鍵問題之一在於立法院所制定之電子遊戲場業管理條例第九條第一項「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」之規定，究竟為最低標準（亦即地方政府可就其管轄範圍，制定較嚴格的標準），抑或為固定標準（亦即地方政府僅能以五十公尺為標準，不得要求多於五十公尺）；且有關電子遊戲場所距離之規範，究竟為中央之權限，抑或為地方之權限。

二、電子遊戲場所距離之管理所涉及中央與地方權限劃分之憲法相關條文包括：憲法第 108 條第一項第三款、第一百十條第一項第十一款、第一百十一條外本件所應認定者包括：電子遊戲場所設置與管理是否屬於憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」、地方制度法之自治事項、「其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣」之原則，是否亦應為解釋列舉事項之準據。

三、電子遊戲場所之設置與管理事項為憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」：故其所稱「商業」，應包括「業者」及其「所從事之經濟活動」（商業行為）。從事商業之業者及其經濟活動既均屬憲法第一百零八條第一項第三款之「商業」之範疇，經營電子遊戲場之業者又係謀取經濟利益而從事活動而為「商業」之性質，其場所之設置與管理，自應為憲法第一百零八條所規定中央立法及執行權限之範圍。

四、電子遊戲場所管理亦屬地方制度法所稱「工商輔導及管理」之自治事項，進

而屬憲法第一百十條第一項第十一款所規定「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」：地方自治團體得對從事各類工商事業之業者予以輔導，並對其工商活動予以管理。電子遊戲之業者屬於「工商事業」中之商業，地方自治團體對其設置之場所加以規範，屬於對其商業活動之管理。故電子遊戲場所之管理，亦為地方自治事項，由於電子遊戲場所之管理依憲法第一百零八條屬中央立法並執行之事項，而依第一百十一條又屬地方立法並執行之事項，故形成中央與地方權限重疊之情形。

五、憲法列舉事項之解釋發生疑義時，仍應依其事務是否「有全國一致之性質」或「有一縣之性質」之原則作為解釋之準據：應以事件之本質是否有「全國一致」或有「地方性質」作為釐清權限劃分之基礎。所謂「全國一致」，包括維繫國家及中央政府體制及其運作所必要之事項；所謂「地方性質」，包括維繫地方作為自治團體之運作所必要者以及應由地方自治團體依其地方之特殊情形制定規範並執行者。如非符合「地方差異」及「有因地制宜之必要」（即「由地方立法處理地方差異之必要」）二要件，自不應認地方得以「因地制宜」為由，自行立法並予以執行。要求電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺以上，自無法以人口密度、結構與分布等條件之差異作為維護學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）安寧、善良風俗、安全及身心健康之因地制宜之理由。

貳、系爭規定有關營業場所距離之限制與憲法第二十三條之必要要件不符

一、人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵，故有關工作權憲法審查標準之論述，亦應適用於對營業自由之憲法審查。

二、對工作權之限制分為三種不同階層，分別設定不同的審查標準：『關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。』

- 三、系爭規定二、三、四所規定之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺之距離規定，雖係有關營業方法或營業地點之限制，然其限制之結果，實際上導致電子遊戲業無法（或幾乎無法）在各該自治團體轄區覓得合法場所開設及經營電子遊戲。故本件屬「對執業方法（營業方法）之嚴重限制，進而轉變成為對工作權（營業自由）剝奪」之情形。
- 四、分析憲法第二十三條所規定「必要」之要件，予以審查，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程(a process of weighing and balancing a series of factors)，包括某種規範「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性，該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。
- (一) 電子遊戲場所管理對於增進公共利益有其重要性。
- (二) 以系爭之距離規定管理電子遊戲場所之方法，對於所擬達成目的可能提供的貢獻而言，微乎其微。其一，電子遊戲場所之噪音喧擾，不致於傳送達一公里或八九百公尺之遠而影響學校、醫院或圖書館；其二，對善良風俗之維護關鍵在於對電子遊戲之內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限；其三，對公共安全之維護，關鍵在於對其設施與內部管理之要求；其四，對學生及病人身心健康之維護，關鍵亦在於內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限。
- (三) 就系爭規定二、三、四之距離對，對合法之電子遊戲業之經營已經達到「對選擇職業自由之剝奪」之嚴重程度。
- (四) 就客觀上是否存在較不侵害憲法權利之措施存在而言：欲達成前述社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康；適當之距離限制（即電子遊戲場業管理條例所規定之五十公尺以上），加上嚴格之噪音管制、分級制度、公安設

施規範及檢查等，應為可以達成相同目的。

(五) 「有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」為理由要求地方自治團體檢討改進，本席認為尚有不足。

五、然電子遊戲業屬於合法行業，欲使學生不受賭博、色情、暴力之汙染，屬於分級管制之問題。係如何使電子遊戲成為正當之休閒、娛樂、教育、益智及競賽之活動，以兼顧業者之營業自由、周邊產業及從業者利益之維護及人民獲取正當休閒、娛樂活動及參與電子遊戲競賽之權利。

部分不同意見書葉百修提出

自治條例規定就「特定機關及處所」中有關「幼稚園、圖書館」之要件限制，逾越系爭條例規定之限制，抵觸法律保留原則；且上開「醫院、圖書館」之「相隔距離」限制，該手段亦非對聲請人之營業自由及工作權所為限制之最小侵害，抵觸比例原則，均與多數意見有異，爰提出部分不同意見如后。

一、系爭自治條例規定抵觸法律優位原則及法律保留原則

(一) 中央地方權限劃分中央地方權限劃分中央地方權限劃分，應以憲法列舉及中央權限應以憲法列舉及中央權限為原則

電子遊戲場業之設立、管理，原則上仍屬中央立法之權限，並由中央立法賦予地方執行。是以本件系爭自治條例規定，自不得逾越憲法所定中央與地方權限劃分之界限，逕以之取代系爭條例規定。

(二) 系爭自治條例規定系爭自治條例規定系爭自治條例規定之規範性質尚待斟酌之規範性質尚待斟酌

關於電子遊戲場業之設立所為與「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，是否以根本影響「商業設立」與否，或僅屬「工商輔導及管理」，尚有斟酌之餘地。

(三) 法律與自治條例之範圍規範法律與自治條例之範圍規範法律與自治條例之範圍規範限制，應視規範性質而認定其正當性

規範所涉人民權利內涵、規範本身究為中央或地方權限，尚非僅以規範條文文字可斷言，應視該最低標準所涉屬授益或干涉性質而認定其正當性與審查密度之寬嚴。

(一) 法律列舉之要件內涵法律列舉之要件內涵法律列舉之要件內涵，不得由自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸

系爭自治條例規定所增加之「幼稚園」、「圖書館」等地點限制，逾越系爭條例規定之範圍，多數意見認定其屬地方自治事項之範圍，若如此，何以相隔距離之限制非屬地方之自治事項？地方可否就系爭條例規定列舉之機關或場所予以刪減？若均可以地方自治範圍為由，而認定地方可以自治條例另行規定，而無視中央既有法律規範，則憲法關於中央與地方權限劃分之規定及形同具文，而憲法所定法律優位及法律保留原則亦將不復其存在意義。

二、系爭自治條例規定過度侵害人民營過度侵害人民營過度侵害人民營業自由及工作權，牴觸比例原則

本件解釋涉及系爭自治條例規定所定之「特定機關及處所」及「相隔距離」等要件限制，究竟涉及上開何種限制，進而決定其審查基準，多數意見似乎並無明確認定。從多數意見之結論而言，似乎係以系爭自治條例規定之上開限制，係屬地點選擇之執業自由之限制，而以寬鬆基準認定其合憲性。

(一) 系爭自治條例規定之系爭自治條例規定之系爭自治條例規定之「距離」限制之性質，應屬選擇工作及職業之客觀許可要件

本件解釋所涉系爭自治條例規定所為之距離限制，是否已超出法定最低限制過多而產生實質阻絕之效果，本就為本件解釋應予具體審查者，而多數意見卻又毫無審究，徒令人不解。

系爭自治條例規定之距離限制，表面上看似為電子遊戲場設置地點之限制，

實際上電子遊戲場因為距離限制，導致其根本無從設置，亦「非個人努力所可達成」，同時因為無從改變既有現存之特定機構或處所之相對位置，業已構成「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制。

(二) 系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，尚非極重要之政府利益

系爭條例規定之立法目的，並非如多數意見所言，係以系爭條例第一條象徵整部條例規定之立法目的，移作系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益。而所謂「維護環境安寧」，固然屬正當之公共利益，究非重要甚至極重要之公共利益。此外，多數意見所引系爭條例第一條之立法目的，亦均屬消極避免「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」受到電子遊戲場設置而受到影響或侵害，並非具有積極目的之公共利益，本院亦應就此予以較嚴格之認定。

(三) 距離限制之手段，並非最小侵害之手段

系爭條例第二十九條至三十一條之處罰規定，亦可達到避免高中職以下學校學生因流連於電子遊戲場而荒廢學業、影響健全身心發展，系爭自治條例規定所為之距離限制，亦非對人民營業自由及工作權之最小侵害手段。至系爭條例既然透過事前管制之手段，透過分類、分級管理電子遊戲場，其亦不得涉及任何「賭博、妨害風化或其他犯罪行為」，則電子遊戲場業之設置、營業，其距離限制亦與維護善良風俗無涉。

(四) 系爭自治條例規定之手段與目的間不具緊密連結關係

電子遊戲場本身所可能對社會環境與公共秩序所產生的直接影響，已有其他法律加以管制，復以距離限制，復以距離限制，或如多數意見所言，「不能謂與該目的之達成無關聯」，但關鍵在於關聯性程度。既然直接影響已有其他管制手段，距離限制是否仍具管制關聯性即非全然無疑。

結論

現代社會職業分化、分工的結果，職業選擇自由與工作權往往涉及人民透過

職業實踐其自我人格發展（本院釋字第六五九號解釋參照），與人性尊嚴與表現自由息息相關。本件解釋所審查之系爭自治條例規定，本席並不認為，立法者已確實履行其義務，系爭自治條例規定逾越系爭條例規定所列舉之特定機構與場所，抵觸法律保留原則；其就「醫院、圖書館」所設距離限制，並非最小侵害手段，逾越比例原則，均應屬違憲。

部分不同意見書評析

工作權為憲法保障人民之基本權，有所謂選擇工作之自由即職業自由，本件解釋文有關電子遊戲場業者所設置營業場所距離之限制涉及人民工作權及財產權之爭議。依據電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第 2 條 1 項之規定：「營業場所 1.符合電子遊戲場業管理條例第 8 條、第 9 條、第 11 條第 2 項、自治條例及其他有關規定。」由條文觀之營業場所之設置須不違反地方自治團體自治條例之規定方得設置，其所限制者已是選擇職業之自由。

電子遊戲場業者就其事務性質觀之屬於工商管理事項，我國憲法第 10 章所規定的是中央與地方之權限，其中第 108 條所明定為：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：...三森林、工礦及商業。...」商業之管理屬於中央立法並執行之事項，條文中亦規定商業管理之事項亦可由中央立法後交由省縣執行之，在此種模糊的授權條文中造成人民基本權受侵害，宜更深入探權限劃分的原則以為各層級政府執行權限事項的依據以糾紛。

第三節 司法院釋字第 738 號解釋不同意見書

不同意見書陳新民提出

認定電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（下稱系爭規定一），規定各自治條例亦可作為許可人民申請經營電子遊戲場業（下稱電遊業），

認為並不牴觸法律保留原則。以及認定電子遊戲場業管理條例（下稱母法）第九條第一項法定距離五十公尺以上的規定為「最少距離論」，以及地方自治團體得以「因地制宜」的空泛公益理由，藉助「工商管理與輔導」之名，而可獲得「實質限制人民營業與職業自由的概括授權」，且並未牴觸憲法中央與地方分權的原則，而作出合憲的解釋。

一、明顯地牴觸法律保留原則

以法律及授權命令作為限制人民基本權利，是為法律保留原則之常態。依地方制度法第 25 條及第 28 條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。」地方自治團體在法定許可的範圍內，亦可以以「自治條例」來限制人民之權利，亦符合法律保留原則。中央法規層次的法律保留原則的檢驗，並不困難。而在來自於地方法規—自治條例或自治規則—的限制，則必須論究其是否屬於自治事項，從而賦予自治條例法源的能力；其次，也要詳加檢驗法律授權的範圍，可以界定出其所授權的自治條例或自治規則，有無遵守法律保留原則。兩者被檢驗的內容皆無不同，主要有無遵守事項的範圍與授權的界限而已。

所以，在檢驗有無違反法律保留原則時，必須就侵犯人民基本權（此處涉及營業自由與職業權）的公權力措施，是否有明確的法律基礎，包括中央法規（法律與授權命令）與地方法規，本號解釋原因案件即涉及到此二種法律保留之基礎，可以分別檢驗之。

（一）「距離門檻」的規範方式

以「距離特殊場所的遠近門檻」而論，雖已由母法（電子遊戲場業管理條例）第九條第一項獲得了依據（有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定）。中央法規層次的法律保留原則，直接源於母法，而毋庸再援引授權之命令，故檢驗最終限制人民經營電遊業的「門檻規範」

是否符合法律保留原則，在中央位階的法規範，則專以母法的規定為唯一的依據。基於此法理，中央主管機關在未獲得母法明確的授權下，就此「距離門檻」沒有任何另加規範之餘地。其至連其他相關的限制經營電遊業的要件亦然。

雖然母法在第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……六、營業場所之地址及面積。」則只是言明作為管理與執行母法的中央主管機關——經濟部，得本於主管機關權責執行上述的規定，同時得以頒布無須授權要求的行政規則即系爭規定一（電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點），來指揮下級機關執行母法之規定。故顯然母法位階的規範（第九條第一項與第十一條第一項第六款）皆未許可主管機關有變更距離門檻規定的授權。故主管機關只能在此法定「門檻規定」，及其他法定經營電遊業要件（例如，母法第十二條關於經營電遊業者的消極資格規定）的前提下，執行法定要件的核發許可級別證與其他登記事宜，俾使人民能實現其受憲法保障的營業權，這也是法治國家原則要求行政機關必須履行合法的行政執行之 7 義務，也勿忘「正當行政程序」已經大法官解釋，提升為法治國家的基本原則（釋字第六六三、七〇九及七三一號解釋）。

因此，系爭規定一第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1. 符合……自治條例……規定。」的法規範屬性，既然是屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，已由解釋理由書（第一段）所明白承認。故其不得更易母法的規定，此可再由系爭規定一的名稱——「作業要點」來檢驗，即可得知其非屬於法規命令，而是典型的行政規則。因此不得產生母法所未有的限制人權的效力，依此「作業要點」的第一點規定：「一、依據：依據電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定訂定之。」顯然已經自認為本作業要點是屬於有「明白授權」的行政立法，亦即屬於法規命令性質的授權命令。然而，吾人再檢驗所提及之電子

遊戲場業管理條例第十一條第一項之規定，已得知該條僅是提及「直轄市、縣(市)主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記」的事宜，並沒有任何授權的規定！易言之，母法第十一條第一項已有「隱藏性的授權」。這種「隱藏性的授權」概念，既不符合現今法規命令與行政規則的二分法；其次，在實質與嚴格執行層面而言，系爭規定一是否亦有「未遵守行政規則的法定界限」的疑慮？由其在第二點第一款第一目規定了母法所無之「電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例」之規定，顯然已經擴張了母法的範圍。

(二) 母法的「距離門檻」並未授權地方自治條例可另行規範之餘地

除了社會秩序維護法有特殊授權規定外，關於本案電遊業的管理，既然直接在母法的規定中獲得了「距離門檻」，已形成法律規範的條件。除非有其他同位階的法律的特別規定外，可基於「特別法優於普通法」的原則，優先適用外，其他未獲授權的下級法規範——包括自治條例在內，皆不得逕以變更。

具體的例子，可再舉兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少法）第四十七條的立法例來說明。依該條第一項之規定：「兒童及少年不得出入酒家、特種咖啡茶室、成人用品零售店、限制級電子遊戲場及其他涉及賭博、色情、暴力等經主管機關認定足以危害其身心健康之場所。」第四項為：「第一項之場所應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上，並檢附證明文件，經商業登記主管機關登記後，始得營業。」這裡存在於針對同一電遊業的門檻規定，卻出現兩個法律位階且同樣是保障青少年身心健康，但不同標準的現象，顯示出立法者認為，如出於有效保護兒童及青少年的身心發展之考量，母法第九條第一項的「五十公尺」門檻，已無法達到立法目的——此即立法手段之「欠缺妥當」

(Unzweckmäßigkeit)，而有改變普通法的標準，以特別法強化之，是立法者「自我調整」的立法常態。同時，普通法對電遊業的門檻規定，與兒少法的特別門檻規定，都仍有對外的強制力，並非形同具文。例如，限制級電遊業的門檻適用兒少法規定，至於普通級的電遊業，仍以母法第九條第一項的五十公尺門檻為準。

此乃法治國對所有現存法律規定具有強制力的當然解釋也。

（三）法律詮釋的陷阱——母法門檻規定豈是授權規定？

「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作的決議文。該次會議正是以本號解釋相同的對象「五十公尺以上門檻」而為的探討。此決議認為電遊業會造成社會安寧一定的影響，故對環境安寧有極高要求的學校而言，此五十公尺的門檻「因其限制對營業人營業自由之影響尚屬輕微」，故應解釋為對電子遊戲營業場所設置之「最低限制」。本號解釋且進一步認為此又屬於縣市工商輔導與管理事項，屬於地方制度法（第十九條第七款第三目）之自治事項，即可自行制定符合地域需要、且更高限制標準之自治法規。

但是，現實的發展，遠比上述最高行政法院的決議，來得更嚴重、條件也更嚴格矣。原本作為判斷標準，且不算嚴格的五十公尺要件，已脫離現實標準甚大，今非昔比，早已不成為各地電遊業營業場所許可的判斷基準了。

細觀母法有關「距離門檻」(第九條第一項)的規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」明顯的只有兩種內容：第一，受到距離保護的對象場所，僅限國民中、小學、高中、職校、醫院；第二，距離僅有「五十公尺以上」。此外，母法沒有任何一個授權地方自治條例另行規範之餘地。但實務上卻開花結果，五花八門。可綜觀如下：1、距離門檻，鮮少有遵循母法五十公尺者（例外如新竹市普通級），其他各地方皆超過甚多，最遠的且超過一千公尺（臺北市限制級、花蓮縣、臺南市、高雄市）。2、距離場所的種類增加：幼兒園（臺北市限制級）；圖書館（基隆市、臺北市）；住宅區五十公尺以上（臺中市、新北市）。3、毗鄰一定寬度的馬路：普通級應連接寬度十二公尺 14 以上之道路、限制級應連接寬度三十公尺以上之道路（臺北市）；連接八公尺以上的已開闢道路（南投縣）。4、營業場所的面積：單層營業樓地板面積五百平方公尺以上（基隆市）、其所在購物中心、百貨業或遊樂園業全棟營業樓地板面積一萬平方公尺以上，且最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上

(臺北市、高雄市)。5、營業場所的特別限制：應設於商業區之一樓(南投縣)。

由上述五花八門的規定，顯然其廣度與複雜度，遠遠超過十年前「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作出決議的「五十公尺」門檻之標準。其對人民營業權的影響之大，顯然不能再以「輕微影響」來一筆帶過矣。最高行政法院上述的決議，由「輕微影響說」，導出了「最低界限」、從而許可自治條例為更嚴格的規範，亦即自治條例無疑獲得另加條件的授權。這種詮釋方法，顯然有誤。由於涉及到憲法對基本人權限制的基本法律詮釋原則，其重要性非一般泛泛的法條解釋可比，故必須在此嚴肅地探究之。

二、破壞中央與地方的分權原則

(二) 電遊業的管理，乃中央立法，非地方立法的自治事項

應該澄清電子遊戲場業的立法項目，究竟是中央或地方的立法範疇。如為中央立法，則即不屬於自治事項，除非法律授權，地方政府無得牴觸中央法律之餘地，已於前述。此乃憲法採分權制的當然結果。而如今，只要將母法的名稱重讀一遍：「電子遊戲場業管理條例」，其中赫然出現的「管理」條例，可知人民經營的「電子遊戲場」之法定管理之規範，乃是明確的中央法律，而非屬於自治立法也。

(三) 「工商管理與輔導」並非概括授權式的「萬靈丹」

按人民的權利義務必須受到法律保留原則的保障，即使法律授權下級機關可訂定法規，也要服膺授權明確性原則，既然商業—包括各種經濟行為、行業與職業的立法，乃中央之權限(憲法第108條第一項第三款)，中央可自己執行，或交由地方執行。顯然的，地方僅負有「執行中央有關商業立法的權限」。中央可以將部分母法規範不足的條文，授權地方立法規定，否則儘管有疏漏，地方亦無自行填補其缺漏之權限。質言之，此種「工商的管理與輔導」，除非法律授權，否則僅有類似行政機關服從法律與法規命令般的義務，亦即只有頒布細節性與技術性、類似行政規則般的自治規則罷了。「工商管理與輔導」的範疇，須予以嚴格界定，也必須採取狹義嚴格的解釋，將其限定在「執行法律的規定」而非「創設類似法

律的規定」。

（四）冰凍三尺，非一日之寒——我國長年來中央地方分權模糊的顯例

地方制度法將許多都是中央立法的事項，便靠著廣泛授權的地方管理權限，納入自治事項之範疇，如此一來，便將憲法原本劃分予地方自治團體享有獨自立法權的領域，而混入了同樣有拘束力的地方法規範。這在實務上造成地方自治條例可規範內容、可採取立法方式的多樣性，已經使我國現實法制造成「上下交征」的混亂現象。

憲法的設計，原本及於全國三十六省廣大幅員的背景，在行憲後政府遷台所實施的地方自治，已經完全不能契合之。正確的務實方法，應當是重新「全盤整治」憲法相關的分權制度。但囿於長年的威權統治與不修憲的原則，上述的根本性分權的調整，也未曾進行。所制定的地方自治基準法——地方制度法之內容幾乎全部照抄自以往急就章的「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」。

三、比例原則的適用？

按一個營業種類對於公共利益能否有危害、程度如何、以及採行何種手段，主要是立法者的判斷。如採取何種手段的斟酌，則涉及目的性及必要性。

唯有當立法者的手段完全不能達到目的時，即為本席前所揭的「欠缺妥當性」，方可以透過釋憲方式（以規範不足為由）修正之。否則，應尊重立法的判斷。然而，反言之，到底需要多少公尺的距離方足以勝任？自須透過經常的徵詢民意、修正標準、甚至必要時採授權地方來制定。

四、結論——應儘速進行修憲以釐清我國過時之分權體制

由近幾年來，台灣地方主義的興起，許多攸關民生經濟、重大建設與就業機會的事業，都會遭到地方自治團體以「屬於自治事項」為由的工商、建設、環境保護……，所制定的各種規範，產生了「地方壁壘」之障礙。這對於人民要興建跨地區的大型事業與建設而言，反而是開時代之倒車，這也是我國憲法制定時，會將工商發展的法制事項交在中央，而非地方手中，就是要避免我國在行憲以前，

各地方廣泛利用「關釐」的地方陋規，各省縣劃地為限，妨害了國家振興實業，人民發展經濟的生機甚鉅，造成國弱民窮。

本號解釋已經觸及了我國憲法分權設計與行憲實務的扞格，顯示出我國憲法分權制度的落伍，已經完全不堪使用。本席期待朝野下次有再為修憲之籌議時，當以「重塑中央與地方權限劃分」為念，才可為我國的地方自治法制與法治國家原則，融為一體。

不同意見書湯德宗提出黃虹霞加入

中央為管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，於民國八十九年制定公布電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」（下稱「法定距離」）。第十一條第一項規定：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業……」。嗣經濟部電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1. 符合……自治條例……規定」（下稱系爭規定一）詎臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例（下稱系爭規定二）；臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（下稱系爭規定三）；桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（下稱系爭規定四），均較前揭「法定距離」（五十公尺以上）更長。系爭規定二並增加前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項所無之「保護場所」（幼稚園及圖書館）。

本件為本院首次就「地方得否自定較中央更嚴格之規範」所表示之憲法見解，影響至深且鉅。本席不贊同多數意見之審查結論數意見之論理，爰提出不同意見書如后。

一、系爭規定一已增加法律所無之限制，爰非屬細節性、技術性之規定，應認違

反法律保留原則

按本院自釋字第四四三號解釋以來所確立之「層級化法律保留原則」，行政規則僅能規範「執行法律之細節性、技術性次要事項」。為符合憲法第一百七十二條所定之「法律優位原則」，行政規則所規範之「細節性、技術性事項」，自不得「增加法律所無之限制」。茲系爭規定一要求電玩業者向地方政府申請電子遊戲場業「營業級別證」時，應（並）「符合……自治條例……規定」，顯然增加了法律（前揭電子遊戲場業管理條例）所無之「申請（實體）條件」。

二、關於「中央、地方權限劃分」論述之八點商榷

1. 系爭規定二、三及四之制定依據
2. 顯然違反「授權明確性原則」之要求-- 法律授權之目的、內容及範圍，應具體明確
3. 所謂「工商輔導及管理」應指對已設立之電子遊戲場業營業場所進行輔導、管理；至於「距離限制」乃電子遊戲場業者（向地方主管機關）申請核發營業級別證之（許可）條件，乃電子遊戲場業營業場所設立之前提。以「工商輔導及管理」為基礎，認定電子遊戲場業營業場所之距離限制屬於地方之「自治事項」，實為牽強。
4. 地方就「自治事項」制定自治條例進行規範，即不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。奈何前揭理由書第三段竟增加憲法所無之要件，謂「倘於不牴觸中央法規之範圍內」，規範自治事項之自治條例始符合「中央與地方權限劃分」原則之要件！遍查解釋文及解釋理由書，未見理由說明。莫非「中央法規」可推翻前揭憲法以明文列舉方式，所保障之地方立法權？
5. 將地方自治條例之「制定權」與自治條例之「法效力」混為一談。前者涉及「中央與地方權限劃分」原則，後者為「規範控制」問題。將前揭憲法第一百十六條所稱「國家法律」，擴張解釋為「法律或基於法律授權之法規（按：即法規命令）」，是否合於憲法意旨，多數意見並未審查，及視為當

然。

6. 均權原則能由補充性原則，蛻變成一般性原則？
7. 中央與地方就同一事項競為規範（規範競合）時，應如何解決規範衝突？
「法定距離」乃「最低標準」，地方得以自治條例為更嚴格之規定。
8. 地方自治條例能以法律之「概括授權」，限制人民之基本權，而不違反憲法第二十三條之法律保留原則？

三、系爭規定二、三及四因違反平等原則而無效

即將系爭之距離限制定性為「執行職業自由之限制」，實忽略距離限制之作用實際乃在阻止未達距離限制之電玩店進入市場，故而更近於對「選擇職業自由之限制」（從而不能僅以「低標」審查）。其次，以自治條例之距離限制是否產生「實質阻絕之結果」為標準，決定應否提高審查標準（所謂「須受較嚴格之審查」），亦值商榷，蓋系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，如何可能產生「實質阻絕之結果」？爭規定二、三及四之目的要在「維護環境安寧」（參見本院釋字第六四六號解釋理由書第三段），核屬一般正當之公共利益，惟其所採差別待遇之手段與前述目的之達成間顯然欠缺合理必要關聯。蓋僅要求新設之電子遊戲場須符合「較長之距離限制」，而不訂定過渡期間責成現存之電子遊戲場搬遷調整，以符合較長之距離限制，如此差別待遇之手段顯不足以達成「維護環境安寧」之目的。

不同意見書評析

憲法上對於權限之劃分以一般性之均權原則，對於權限之劃分有許多透過解釋以更具體化其條文意旨，蓋因憲法之規定只做出原則性之規定，不可能針對每一權責事項逐一列舉，且透過憲法之解釋更能因時制宜，針對外在環境之變化做出合宜的解釋以免出現與現實格格不入之法規範。

我國實施地方自治，地方自治為憲法所保障之制度。基於住民自治之理念與垂直分

權之功能，地方自治團體在憲法及法律保障之範圍內，享有自主與獨立之地位。中央與地方權限劃分係基於憲法或憲法特別授權之法律加以規範，地方自治團體得就自治事項制定規章並執行之權限及具有自主組織權。

憲法第 10 章中對於中央與地方之權限訂有明確之劃分，依憲法第 108 條之規定商業為由中央立法並執行之，或交由省縣執行之權限事項；且依地方制度法第 18、19 條之規定工商輔導及管理亦為地方自治團體之權限；再依地方制度法第 25 條之規定，縣（市）本得就其自治事項，於不牴觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規。地方自治條例乃基於憲法，又具有民意基礎之地方立法機關三讀通過經地方行政機關公布之地方性法律，對自治區域內之居民之權利與義務應得限制，為具有拘束力之法規範。且依地方制度法第 28 條之規定：「下列事項以自治條例定之：...二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。...」而地方自治團體亦踐行此一程序。故地方自治團體以因地制宜為由，以地方自治條例另定較高之距離門檻，應與電子遊戲場業管理條例無違。從而，於地方自治團體區域內申請電子遊戲場營業登記應符合地方自治團體之規範。

立法者為追求公眾利益與善良風俗及維護國民身心健康對於人民營業自由自然得以限制，立法者於此事件所追求的為公共利益，而使用距離門檻已產生實質阻絕效果，為有助於目的達成之手段。所維護之公益與危害之法益合乎比例這應無違比例原則。易言之，地方自治團體訂出高於中央之距離門檻，其所維護之公益必須大於對人民職業自由之侵害。

第六章 結論

地方自治制度的運作係為了地方事由地方人自行、自由決定如何做，即由地方人管地方事。地方自治制度既受我國憲法制度性之保障，地方自治團體有一定自主的權限，在地方自治區域內權利是由地方自治團體及國家中央共享的，透過垂直分權的權利劃分的規範，有因地制宜性質的權力劃分與地方自治團體，有全國一致性質的劃歸國家中央。中央與地方各有其依據各司其職。

我國實施地方自治制度係民國 39 年臺灣省政府頒布《臺灣省各縣市實施的方自治綱要》開始，是臺灣地區施行地方自治所頒布的行政命令。逐步於民國 83 年訂立《省縣自治法》、《直轄市自治法》，在民國 88 年頒布《地方制度法》做為我國地方自治制度的法律依據。

就我國而言在《地方制度法》的規範之下，各級地方自治團體得本於地方自治事項行使其職權，地方自治團體亦得依其職權制訂地方自治條例以規範其住民。司法院釋字第 738 號解釋文對於地方立法權的地位有明確的定義。賦予地方自治團體對於其地方自治事項有更大揮灑的空間。

電子遊戲場業營業場所地設置多以商業交易頻繁且人口眾多而稠密地區設置地點；而幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館之設置地點多數也為都市地區。兩種場所設置需求近乎相同，以一般民眾之觀點電子遊戲場業對於公益、社會秩序、善良風俗有其一定之不良影響，在鄰避情節之下一般居民避之唯恐不及；但電子遊戲場業者也並非完全禁絕之行業，它仍是一種法規所允許之行業。既是法規所允許之行業，在法規制度之下應有其生存空間。

第一節 研究發現

司法院釋字第 738 號確立地方自治團體立法權之地位，但仍有法律概念有待釐清茲分述如下：

一、 公共利益與則與基本權之平衡點應如何權衡

公共利益與社會秩序是法律所必須予以保護的，而人民基本權益是受法律所保障的，當兩者間相互衝突時應如何調和。此種狀況如同將公共利益、社會秩序與人民基本權置於天平之兩端。人民有選擇職業之自由並受法律之保障，而對於其營業場所之選定一同樣受法律之保障，非有法律或法律明確授權之命令人民之基本權得不受其限制，在解釋文及理由書中談及之社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等理由雖屬於正面價值但並非具體，係為不確定之法律概念，孰大孰小應更深入探究，兩者衝突時應如何權衡為是。

二、 權限之劃分應更明確

釋字 738 號解釋文之立論基礎以地方自治團體以憲法第 10 章第 108 條之規定地方自治團體得依其權限制定地方自治條例以管理自治區域內之電子遊戲場業者。在憲法本文中有明確中央與地方之權限及中央得委託地方執行之權限。如以條文觀之似已包含有各種事務分配之原則；然我國憲法制定於民國 35 年，頒布施行於民國 36 年，憲法施行迄今已逾 70 年，在民國 80 年起至民國 94 年雖經歷了 7 次的修憲工程，但對於權限之劃分並未有太大之修正幅度，受影響者僅有省之這層級之功能凍結。制憲之初所規劃之權限劃分仍保有其樣貌，民國 35 年所制定之憲法所欲施行之區域係包含中國大陸地區之中華民國，其面積及人口數為現今之數百倍之多，而其設計是否能完全適合現今之臺灣著有疑義。

再依憲法第 111 條之規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，

有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」何謂因地制宜？因地制宜為配合地方風俗、民情、文化並根據不同環境的實際情況制定相應的妥善規定以符合地方需求，而以電子遊戲場業者為例，不同地方使用之電子遊戲之電子遊戲機款式及型態有因地方之差異而有所不同？且不同地區之居民對於電子遊戲場業之忍受或抗拒誘惑之能力亦有所不同？

三、法律授權明確性仍有爭議

依電子遊戲場業營業級別證作業要點第 2 點第 1 款之規定：「...營業場所 1.符合電子遊戲場業管理條例第 8 條、第 9 條、第 11 條第 2 項、自治條例及其他有關規定...」。電子遊戲場業因申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第 2 點第 2 款第 1 目規定電子遊戲場業之營業場所不符合自治條例之規定，致無法取得合法營業執照，最後造成電子遊戲場業者無法合法營業結果。電子遊戲場業營業級別證作業要點法源依據為電子遊戲場業者管理條例第 11 條 1 項：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書，並檢附其營業場所合於第 8 條第 1 款及第 2 款規定之證明文件，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業」依法規之規定可知其主要規範內容為電子遊戲場業者登記之相關技術性、細節性之規範。依法規之性質觀之非法規命令而為行政規則無疑。而母法之授權之範圍僅為登記之程序等技術性細節行之事項，但電子遊戲場業營業級別證作業要點去造成逾越母法授權範圍更甚至產生限制人民基本權之結果，此一結果豈非怪哉。

四、法律保留原則之適用

自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則。從事電子遊戲場業亦是對於職業的一種選擇，為法規允許之職業，亦是人民之基本權。如欲對其限制須有法律明確之授權。細觀中央之法律未有授權地方自治團體得增加限制距離之授權。

再如釋字第 738 號解釋文理由書：「...又自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則...地方自治團體倘就

其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。」易言之，地方自治條例於合理範圍內得限制居民基本權，而中央法規電子遊戲場業管理條例所定距離為 50 公尺，而系爭規定鎖定距離達 1000 公尺，是中央法規之 20 倍，兩者間差距為 20 倍仍可被視為合理範圍殊難想像。

五、 比例原則豈無適用之餘地

在一般居民之觀念電子遊戲場充斥的是賭博、妨害風化或其他犯罪行為之場所，出入份子複雜，對兒童、青少年身心影響至鉅，加以兒童、青少年社會經驗不足，對周遭還經充滿好奇心，對於新鮮之事物易受影響，未免兒童、青少年於複雜環境中誤入歧途，一般居民皆嚴禁其子女出入電子遊戲場。

行政行為所採取之目的應有助於目的之達成，且應選擇對人民損害最小的方式，而其方法更需與利益相均衡。電子遊戲場業仍非法規所禁止之行業，法律亦訂出相關規定允許其設立登記營業。惟地方自治團體所制定之電子遊戲場管理自治條例卻已造成實質阻絕之結果，造成在電子遊戲場業之營業場所在都市區已無合於規定距離之場地。以系爭規定而言最長距離限制達到 1000 公尺，即電子遊戲場營業場應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上，在此條件之下，適合設置電子遊戲場之地點皆無法符合系爭地方自治條例之規定，且電子遊戲場區分為普通級與限制級，地方自治條例未區分其等級一體適用較嚴格之法規，已實質侵害人民之基本權。

六、 普通級限制級電子遊戲場業者分級限制

依電子遊戲場業管理條例第 5 條規定：「電子遊戲場業之營業分級如下：一、普通級：指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及一般大眾遊藝者。二、限制級：指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者...」由上列規定可知電子遊戲場業依區分為普通級與限制級，兩種級別之規範各有不同。而於系爭規定中地方自治團體對於電子遊戲場業不僅未分級別限制；其距離門檻之規定更明顯較中央限制級更嚴格。

第二節 建議

釋字第 738 號奠下地方立法權之基礎，惟仍然留下許多未解之難題，茲以憲法層面、中央法規授權之範圍、地方制度法、電子遊戲場業之場地設施之規範等面向建議：

一、憲法層面

誠如前一節所提及之內容，我國憲法制定至今已逾 70 餘年，社會文化、民情風俗等早已物換星移，70 年以前所制定之憲法對於權限之劃分原則應盡速檢討，對於事物之特性重行分配中央與地方之權限，既兼顧國家中央之權限亦不偏廢地方之權限，使兩者權限之分配趨於明確平衡。

二、中央法規明確授權範圍

以憲法及地方制度法條文觀之，對於權限之劃分存在許多事務權限係相互重疊的，同一事務在中央與權限在地方亦同樣有權限，各有其法規，但所定之標準卻有可能大相逕庭，於此對於事務權限相互重疊者中央應在授權時應明確指出收權之範圍及內容。

三、參考地方制度法之規定

再如地方制度法第 26 條 3 項：「前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。」為例，權限重疊之事務中央在授權時對於地方自治團體得做成之處分或處罰定出標準或其得增減之範圍上限，以杜爭議。

四、針對係爭規定定出其他補救辦法

以釋字第 738 號解釋文為例，爭點為電子遊戲場業營業場所應距離學校等設施若干公尺以上方得設置，地方自治團體將電子遊戲場之營業場所隔離於學校等設施一定距離以上，其目的係為維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等因素；然除將其隔絕在一定之距離外，亦應考慮其他方式，以維護其職業選擇之自由並避免造成對人民基本權之剝奪，如要求電子遊戲場業者於其營業場所增設或加強隔音之設施，避免場所內之聲音除出妨害安寧，或避免設置相關廣告以避免引誘進入，並藉此減少社會問題

之發生以達到維護社會安寧之結果。



參考文獻

一、專書：

- 內政部編印（1996）。地方自治論述專輯（第二輯）。台北：內政部
- 丘昌泰（2010）。地方政府與自治（初版）。台北：三民書局
- 吳庚（2003）。行政法之理論與實用（增訂八版）。台北：三民書局
- 呂育誠（2008）。地方政府與自治（初版）。台北：一品文化
- 李惠宗（2015）。憲法要義（七版）。台北：元照出版社
- 李惠宗（2016）。行政法要義（七版）。台北：元照出版社
- 林文清（2004）。地方自治與地方立法權（初版）。台北：揚智
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2003）。憲法：權利分立（一版）。台北：學林文化
- 林合民、李震山、陳春生、洪家殷、黃啟禎（2015）。行政法入門（八版）。台北：元照
- 紀俊臣（2004）。地方政府與地方制度法。台北：時英出版社
- 紀俊臣（2011）。直轄市政策治理：台灣直轄市的新生與成長。新北：中國地方自治學會
- 紀俊臣（2016）。都市國家：台灣區域治理的策略選擇。新北：中國地方自治學會
- 張正修（2000）。地方制度法理論與實用（二）本論（一版）。台北：學林文化
- 張正修（2003）。地方制度法理論與實用（二）本論 1（二版）。台北：學林文化
- 張正修（2003）。地方制度法理論與實用（1）地方自治概念·國外法制級都市篇（二版）。台北：學林文化
- 許宗立、許志雄、黃世鑫、劉淑惠、羅秉成、林志鵬（1992）。地方自治之研究（初版）。台北：業強出版社
- 黃炎東（2004）。通識教育予警察學術研討會論文集。桃園：中央警察大學通識教育中心。

黃錦堂（2011）。地方制度法論。台北：元照出版社

黃錦堂（1998）。地方自治法制化問題之研究（一版）。台北：月旦出版社

管歐（1990）。地方自治概要（三版）。台北：三民書局

湯德宗（2000）。權力分立新論（增訂二版），台北：三民書局

蔡秀卿（2009）。地方自治法（初版）。台北：三民書局

薄慶玖（2002）。地方政府與自治（九版）。台北：五南書局

劉文仕（2016）。地方制度法釋義。台北：五南書局

廖福特編（2014）。憲法解釋之理論與實務第八輯，台北：新學林

二、期刊論文：

紀俊臣（2017）。地方立法的效力與行政權的行使。文官制度季刊，9(2)，23-44。

黃錦堂（2017）。營業管制的性質與地方自治條例。法令月刊 67(2)，1-34。

鄭昆山（1998）。掃黑立法與地方自治-兼論中央與地方警察權限之分配。東海法學研究 (13)，59-99。

三、研討會論文

呂炳寬（2007）。地方可否制訂比中央更嚴格的規範？。地方自治與民主發展：台灣經驗的省思，台中。

四、網路資料

司法院網站（2018）。司法院大法官解釋。

<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03.asp>

陳誠專業法政教學網（2018）。

<http://mypaper.pchome.com.tw/macotochen/post/1236359962>，

總統府網站（2018）。中華民國憲法條文 <https://www.president.gov.tw/Page/93>